

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Andrei Svištš

**VÄLJASAATMISE EESMÄRGIL ISIKUTE KINNIPIDAMIST REGULEERIVA
EESTI ÕIGUSE VASTAVUS DIREKTIIVILE 2008/115/EÜ**

Magistritöö

Juhendaja
Ene Andresen, *LL.M.*

Tartu
2016

SISUKORD

Sissejuhatus	3
1. Kinnipidamine väljasõidukohustuse täitmiseks ning nõuded väljasaatmismenetlusele.....	8
1.1. Väljasõidukohustuse olemus ning selle tähendus kinnipidamise eesmärkide määratlemisel.....	9
1.2. Väljasaatmismenetluse piirid ja haldusorgani hoolsuskohustus selle läbiviimisel....	15
1.3. Väljasaatmise perspektiivikus.....	20
2. Välismaalasest tulenevad asjaolud, mis tingivad tema kinnipidamise	34
2.1. Välismaalaste kinnipidamise olustikulised eeldused	35
2.1.1. Põgenemise oht.....	38
2.1.2. Koostöö puudumine.....	47
2.1.3. Tagasisaatmiseks vajalike dokumentide puudumine või nende viibimine kolmandast riigist	52
2.1.4. Kinnipidamise eeldused välismaalase kinnipidamiseks üle kuue kuu	54
2.2. Leebemate meetmete kohaldamise kohustus	59
2.3. Proportsionaalsus	63
Kokkuvõte	67
<i>The Conformance of Estonian Law with the Provisions of Directive 2008/115/EC related to Detention of Third Country Nationals. Résumé</i>	<i>71</i>
Kasutatud kirjandus	75
Kasutatud õigusaktid	79
Kasutatud kohtupraktika.....	80

SISSEJUHATUS

Liikmesriigid on alates 1999. aastast andnud Euroopa Liidule kompetentsi, et reguleerida migratsiooni, rahvusvahelise kaitse ja ebaseadusliku migratsiooni vastu võitlemise valdkondi.¹ Vastava kompetentsi raames on Euroopa Liidu Parlament ja Nõukogu võtnud Euroopa Ühenduse asutamislepingu artikli 63(3) p b alusel vastu direktiivi 2008/115/EÜ ühiste nõuete ja korra kohta liikmesriikides ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike tagasisaatmisel (edaspidi naasmisdirektiiv).² Direktiiv valmis liikmesriikidevahelise varasema ebapiisava koostöö ning ühtsete liiduülest mõju omavate meetmete puudumise tõttu järjest kasvava migratsiooni survele. Esimeseks ajutiseks dokumendiks liikmesriikide tegevuse ühtlustamiseks oli Euroopa Nõukogu Ministrite Komitee võtnud juba 04.05.2005. a vastu „Kakskümmend suunist sunniviisilise tagasisaatmise kohta“, mis sai hiljem põhimõtteliseks lähtedokumendiks suures osas ka naasmisdirektiivi koostamisel.³ Kuigi tegemist ei ole Euroopa Liidu dokumendiga, oli tegemist juhistega, mis olid kõigi liikmesriikide poolt ministeeriumide tasandil enne naasmisdirektiivi vastuvõtmist aktsepteeritud.⁴

Pärast naasmisdirektiivi vastuvõtmist lasus liikmesriikidel kohustus võtta direktiivi järgimiseks vajalikud sätted üle hiljemalt 24.12.2010. a (art 20(1)).⁵ 24.12.2010. a jõustus väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse muutmise seadus, millega võeti naasmisdirektiiv üle.⁶ Tulenevalt Euroopa Komisjoni tehtud märkustest direktiivi ülevõtmise hindamisel täiendati väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadust (edaspidi ka VSS)⁷ ka 2014. aastal.⁸

¹ Euroopa Ühenduse asutamise lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 340, 10/11/1997, 173-306, artikkel 63. Muudatused jõustusid 01.05.1999. a pärast lepingu ratifitseerimist kõikide liikmesriikide poolt.

² Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2008/115/EÜ, 16. detsember 2008, ühiste nõuete ja korra kohta liikmesriikides ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike tagasisaatmisel. – ELT L 348, 24.12.2008, lk 98-107.

³ Euroopa Nõukogu Ministrite Komitee. Kakskümmend suunist sunniviisilise tagasisaatmise kohta. 925. ministrite kohtumine. 04.05.2005 (edaspidi *Kakskümmend suunist*) - http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/20_Guidelines_Forced_Return_en.pdf (viimati vaadatud 02.05.2016); vt ka naasmisdirektiivi preambula p 3.

⁴ K. Hailbronner. EU Immigration and Asylum law: Commentary on EU regulations and directives. München: Beck 2010 (edaspidi *Hailbronner*), lk 1506.

⁵ Seoses välismaalastele õigusabi võimaldamisega (art 13 (4)) lubati riikidel sätted üle võtta kuni 24.12.2011.

⁶ Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse muutmise seadus. – RT I, 29.11.2010, 2.

⁷ Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadus. – RT I, 06.04.2016, 22.

⁸ Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadus. – RT I, 15.03.2014, 98; Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse ning Euroopa Liidu kodaniku seaduse muutmise seaduse eelnõu (444 SE) seletuskiri, lk 1.

Naasmisdirektiivi vastuvõtmise eesmärgiks oli luua selged, läbipaistvad ja õiglased reeglid, millega nähakse ette liiduülene tõhus tagasisaatmispoliitika, käsitledes seda hästihallatava rändepoliitika ühe olulise elemendina. Selleks kohustati riike looma horisontaalsed eeskirjad, mis on kohaldatavad kõigi kolmandate riikide kodanike suhtes, kes ei vasta või enam ei vasta liikmesriiki sisenemise, liikmesriigis viibimise või elamise tingimustele.⁹ Kuivõrd riigist väljasaatmine ei pruugi olla väljasaadetavale isikule vastuvõetav ning väljasaadetav võib asuda tema väljasaatmiseks tehtavaid toiminguid takistama või nende tegemisel kaasaaitamisest hoiduma, näeb naasmisdirektiiv ette võimalusi kohaldada välismaalase suhtes erinevaid motiveerivaid järelevalvemeetmeid (art 7, 8, 15). Kõige intensiivsemaks meetmeks on seejuures artiklis 15 reguleeritud isiku kinnipidamine, kuivõrd vastava meetme rakendamisel piiratakse märkimisväärselt isiku põhiõigust vabadusele. Vastava sätte vastuvõtmisel toimusid ka kõige tulisemad läbirääkimised, kuna regulatsioon kätkeb endas kõige kaalukamate õiguste vahetut kollisiooni – ühelt poolt isiku põhiõigus vabadusele ning teiselt poolt riigi suveräänsusest tulenev õigus kontrollida migratsiooni.¹⁰ Samas sõltumata kinnipidamise reeglistiku loomisest, mille rakendamist on Euroopa Kohus pidanud rangelt piiritletuks,¹¹ on kolmandate riikide kodanike kinnipidamisest naasmisdirektiivi kohaldamisel kujunenud pigem automaatne meede välismaalaste väljasaatmisel.¹² Sellest tulenevalt tekib põhjendatud küsimus, kas VSS §-s 15 sätestatud viibimisalusetu riigis viibivate isikute kinnipidamise regulatsioon võimaldab liiga kergekäeliselt isikuid kinni pidada.

Välismaalaste kinnipidamist ja riigist väljasaatmist käsitatakse õiglaste ning kohaste meetmetena välismaalaste õiguse, eelkõige väljasõidukohustuse täitmise tagamiseks.¹³ Seejuures välismaalaste õiguse alusel välismaalaste väljasaatmise ning kinnipidamise praktika on riikide seas nii tavapärane ja loomulik,¹⁴ et sellele ei pööratagi kirjanduses tähelepanu, kui kõrvutada vastavat haldustegevust näiteks kurjategijate väljasaatmisega.¹⁵ Arvestades viimaste

⁹ Naasmisdirektiivi preambula p-d 4 ja 5.

¹⁰ Hailbronner, lk 1542.

¹¹ EKo C-61/11, *El Dridi*, p 42.

¹² C. Costello. The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law. Oxford: Oxford University Press 2016 (edaspidi *Costello (2016)*), lk 279; M-L. Basilien-Gainche. Immigration Detention under the Return Directive: The CJEU Shadowed Lights. – European Journal of Migration and Law. 2015/17 (edaspidi *Basilien-Gainche*), lk 110.

¹³ G. Cornelisse. Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty. Leiden, Boston: Nijhoff 2010 (edaspidi *Cornelisse*), lk 229.

¹⁴ I. Bryan, jt. The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights. – Nordic Journal of International Law 2011/80 (edaspidi *Bryan*), lk 103; Costello 2016, lk 279; Basilien-Gainche, lk 110.

¹⁵ W. Walters. Deportation, Expulsion, and the International Police of Aliens. – Citizenship Studies 2002/6/3, lk 266.

aastate sündmuste ning Euroopa Liitu tabanud rändekriisiga, võib eeldada, et seni migratsiooni hallanud ning kontrolli all hoidnud pädevad asutused saavad oluliselt rohkem tähelepanu ning seda veel mitmeid aastaid. Naasmisdirektiivi kinnipidamise regulatsiooni sõnastus jätab liikmesriikidele mitme kinnipidamist puudutava eelduse reguleerimise piirid lahtiseks, mis pealtnäha võimaldab liikmesriikidele ulatusliku kaalutlusruumi välismaalaste kinnipidamiseks. Samas on ilmne, et liikmesriikidele tagatud kaalutlusruum ei saa olla piiritu, millest johtuvalt on põhjendatud käsitleda põhjalikumalt välismaalaste kinnipidamist reguleerivat Euroopa Liidu õigust ning teha kõik endast sõltuv, et Eestis oleks välismaalaste kinnipidamise kohaldamise praktika Euroopa Liidu õigusega kooskõlas.

Eeltoodu valguses on käesoleva töö eesmärgiks välja selgitada, kas väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduses sisalduv väljasaatmismenetluse eduka läbiviimise tagamiseks ette nähtud välismaalaste kinnipidamise regulatsioon on kooskõlas naasmisdirektiivi kinnipidamise sätetega.

Viibimisalusetas riigis viibivate isikute kinnipidamiseks peab väljasaatmismenetlus vastama teatud kriteeriumidele. Kuivõrd välismaalaste õiguse alusel toimuv kinnipidamine on haldusõiguslik meede, mille rakendamisel ei ole välismaalasele tagatud kriminaalõiguses vabaduse võtmisel loomulikud garantiid, on äärmiselt oluline, et välismaalaste kinnipidamine toimuks üksnes migratsioonilistel eesmärkidel ning üksnes juhul, kui riik täidab endapoolseid kohustusi väljasaatmismenetluse läbiviimisel. Sellest tulenevalt käsitlen magistr töö esimeses peatükis väljasõidukohustuse olemust ning sellest tulenevaid kinnipidamise eesmärke. Samuti analüüsin esimeses peatükis nõudeid väljasaatmismenetlusele ning selle läbiviimisele. Välismaalaste kinnipidamise eesmärkide kaardistamine ning väljasaatmismenetlusele kehtivate nõuete selge eristamine aitab paremini mõista töö teises peatükis käsitletavaid probleeme seoses naasmisdirektiivi kinnipidamise sätete ülevõtmisega. Samuti aitab valitud struktuur paremini eristada seda, millistele asjaoludele saab väljasaatmismenetlusele seatud nõuete hindamisel tugineda.

Teises peatükis käsitlen üksikuid eelduseid välismaalase kinnipidamiseks, mis Euroopa Kohtu praktika kohaselt peaksid tulenema konkreetsest välismaalasest ning tema käitumisest.¹⁶ Selle käigus analüüsin nii naasmisdirektiivis sätestatud aluseid ja nende kohaldamise võimalusi kui ka väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduses lisaalustena sätestatud eeldusi ja nende vastavust naasmisdirektiivi piiridele. Samuti käsitlen kinnipidamise kohaldamiseks leebemate meetmete kohaldamise kohustuse kriteeriumi ning lõpetuseks analüüsin naasmisdirektiivis

¹⁶ EKo C-61/11, *El Dridi*, p 39.

sõnastatud kinnipidamise proportsionaalsuse olemust ning selle kontrollimise kohustust. Viimased elemendid, tulenevalt nende olemusest, saavad olla samuti seotud üksnes konkreetse välismaalasega seotud asjaolude ning tema käitumisega.

Võimalike vastuolude väljaselgitamiseks naasmisdirektiivi ja Eesti kinnipidamise regulatsiooni vahel käsitlen kogu töös probleeme kinnipidamise eelduseks olevate aluste põhiselt, kõrvutades Euroopa Liidu ja Eesti riigisisest õigust, sh kohtute praktikat. Ehkki põhiline rõhk on töös seatud just Euroopa Liidu ja Eesti õiguse analüüsile, kasutan võrdlemiseks lahendusi ning järeldusi ka Euroopa Inimõiguste Kohtu (edaspidi EIK) praktikast, samuti rahvusvahelisest õigusest (ÜRO Inimõiguste Nõukogu, ÜRO Inimõiguste Komitee otsused), kuivõrd Euroopa Kohus ei ole paljusid kinnipidamise kohaldamise elemente seni veel sisustanud. Samas, kuna Euroopa Liidu õigus on välismaalaste kinnipidamise osas rangem kui Euroopa Inimõiguste Kohtu kujundatud praktika, käsitlen Euroopa Inimõiguste Kohtu järeldusi üksnes ulatuses, milles need ei sea Euroopa Liidu õigusest madalamat standardit. Osas, milles järeldan, et Eesti õigus ei vasta naasmisdirektiivile, esitan ettepanekud seaduse muutmiseks, et viia väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduses sisalduv regulatsioon naasmisdirektiivis sätestatuga kooskõlla.

Autoritest tuginen enim Cathryn Costellole ja Marie-Laura Basilien-Gainchele. Nimetatud autorid on tunnustatud inimõiguste ja välismaalaste õiguse spetsialistid, kelle tööst märkimisväärne osa keskendub välismaalaste (sh ka varjupaigataotlejate) kinnipidamisele. Magistritöö p-s 1.3 käsitletav küsimus kattub osaliselt Kristi Siku (Sikk) koostatud magistritöö teise peatükiga,¹⁷ ent käesolevas töös analüüsin eelkõige väljasaatmise võimatuse tuvastamise mõju välismaalase kinnipidamisele, mitte niivõrd perspektiivituse tuvastamist ennast.

Naasmisdirektiivi kohaldatakse artikli 3(1) kohaselt kolmandate riikide kodanike suhtes, kes ei ole Euroopa Liidu kodanikud asutamislepingu artikli 17(1)¹⁸ tähenduses ja kes ei oma ühenduse vaba liikumise õigust vastavalt Schengeni piirieskirjade artiklile 2(5). Ehkki direktiivi sõnastuse järgi on reguleerimisalas kolmandate riikide kodanikud, kohalduvad naasmisdirektiivi sätted ka kodakondsuseta isikutele, kellel ei ole liikmesriikides viibimiseks luba. Käesoleva töö uurimisobjektist jääb välja varjupaigataotlejate kinnipidamine, kuigi esmapilgul võib tunduda, et tegemist on ometigi samuti „välismaalastega“ ning paljudes

¹⁷ K. Sikk. Viibimisaluseta Eestis viibiva välismaalase väljasaatmise võimatuse tuvastamine ja tema Eestis viibimise seadustamine. Magistritöö. Tartu: TÜ õigusteaduskond 2015. (Käsikiri Tartu Ülikooli õigusteaduskonna teabekeskuses), ptk 2. – <http://dspace.ut.ee/handle/10062/47524> (viimati vaadatud 02.05.2016).

¹⁸ Viidatud säte vastab Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklile 20(1), vt Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 326, 26/10/2012, lk 1-390.

riikides peetakse varjupaigataotlejaid kinni samades asutustes, kus kolmandate riikide kodanikkegi. Siinkohal tuleb aga selgelt eristada varjupaigataotlejaid riigis viibimise aluseta olevatest isikutest. Varjupaigataotlejad saavad endale taotluse esitamise hetkest varjupaigataotleja staatuse, mis rahvusvahelise õiguse kohaselt on käsitletav riigis viibimise seadusliku alusena ning sellisel juhul ei saa naasmisdirektiivi kohaldada.¹⁹ Käesolevas töös nimetan parema loetavuse huvides naasmisdirektiivi reguleerimisalasse jäävaid ning töö uurimisobjektiga seotud isikuid abstraktselt välismaalasteks nagu neid nimetatakse ka väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduses.

Naasmisdirektiiv eristab tagasisaatmist ning väljasaatmist, kusjuures tagasisaatmine tähendab välismaalase naasmist vastuvõtvasse riiki nii vabatahtlikult kui ka sundtäitmise korras. Väljasaatmine on välismaalase tagasipöördumise kohustuse täitmine sundkorras. Seega naasmisdirektiivi mõistes on väljasaatmine tagasisaatmise üheks osaks. Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduses oleva väljasaatmise termini kasutus kattub naasmisdirektiivi kasutusega. Samas puudub Eesti õiguses naasmisdirektiivi tagasisaatmise terminile kohane vaste – kõige lähedasemaks saaks pidada väljasõidukohustust. Magistritöös käsitlen eelkõige väljasaatmist ja väljasaatmismenetlust ehk väljasõidukohustuse sundkorras täideviimist ja sellele vastavat menetlust. Olukordades, kus väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse kohaselt väljasaatmismenetlust veel ei kohaldata, kasutan terminit vabatahtlik väljasõidukohustuse täitmine (direktiivis sarnane: vabatahtlik lahkumine). Kuivõrd väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadus käsitleb lahkumiskohustust ning väljasõidukohustust sünonüümina,²⁰ kasutan käesolevas töös üksnes terminit väljasõidukohustus.

¹⁹ EKo C-354/11, *Arslan*, p 48; Seejuures välismaalaste kinnipidamine nende väljasaatmismenetluses ei või muutuda välismaalastele takistuseks varjupaigataotluse esitamisel ning rahvusvahelise kaitse saamisel, vt EIKo 19776/92, *Amuur vs. Prantsusmaa*, p 43.

²⁰ vt ka RKHko 3-3-1-84-11, p 18.

1. KINNIPIDAMINE VÄLJASÕIDUKOHUSTUSE TÄITMISEKS NING NÕUDED VÄLJASAATMISMENETLUSELE

Välismaalaste kinnipidamine väljasaatmismenetluses tekitab mastaapse kollisiooni kahe äärmiselt kaaluka õiguse vahel, kus ühelt poolt avaldab tugevat mõju riigi suveräänsus ja sellest tulenev ulatuslik õigus kontrollida migratsiooni ning teiselt poolt konkreetse üksikisiku põhiõigus vabadusele. Taolises olukorras on ühelt poolt ilmne, et igasugune üksikisiku vabaduse piiramine saab õigusriigis toimuda üksnes selgel ning äärmiselt kaalukal juriidilisel alusel.²¹ Teisalt tuleb arvestada riigi suveräänsusest tuleneva õigusega kontrollida migratsiooni ning võimalusega kehtestada riigi territooriumil selliseid käitumisnorme, nagu riik heaks arwab.²² Seejuures, kui hinnata tasakaalu riigi suveräänsuse ja välismaalase põhiõiguste vahel, on riikide kaalutusõigus isiku põhiõiguste ja -vabaduste aspektist eriliselt lai,²³ mistõttu välismaalaste õiguslikud tagatised ning riikidele suunatud piirangud on oluliselt nõrgemad kui teistes isikute vabaduse piiramise olukordades.²⁴ Isegi rahvusvaheliste inimõiguste põhiallikana käsitletavast ÜRO inimõiguste ülddeklaratsioonist (edaspidi UDHR) tuleneb välismaalaste suhtes riigi suveräänsuse tohutu mõjuvõim, kui mitte öelda, et üleolek. UDHR artikli 13(1) tagab igaühele õiguse riigi piires vabalt liikuda ja oma elukoht valida. Artikkel 13(2) tagab igaühele õiguse lahkuda ükskõik milliselt maalt, kaasa arvatud kodumaalt ja kodumaale tagasi pöörduda.²⁵ Kumbki toodud sätetest ei garanteeri välismaalasele õigust siseneda riiki ning viibida riigis piiramatult. Sellest tulenevalt on rahvusvahelise õiguse kohaselt riigil suveräänne õigus kontrollida välismaalaste riiki sisenemist, riigis viibimist ning vajadusel ka riigist lahkumist.

²¹ Euroopa Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. – RT II 2010, 14, 54, artikkel 5; Euroopa Liidu Põhiõiguste Harta. – ELT C 326, 26.10.2012, lk 391-407, artikkel 6; Eesti Vabariigi põhiseadus. – RT I, 15.05.2015, 2, paragrahv 20.

²² Bryan, lk 193.

²³ EIKo 25904/07, *NA. vs. Ühendkuningriik*, p 109; EIKo 54273/00, *Boultif vs. Šveits*, p 46; EIKo 19776/92, *Amuur vs. Prantsusmaa*, p 41.

²⁴ Bryan 2011, lk 196; A. Edwards. Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and „Alternatives to Detention“ of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants. UNCHR 2011 (edaspidi *Edwards*); C. Costello. Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law. – *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2012/19, lk 257-303 (edaspidi *Costello 2012*), lk 259.

²⁵ Välismaalasel ei anna õigust elada konkreetse riigi territooriumil ka EIÕK või Eesti Vabariigi põhiseadus. Vt Ü. Madise jt. Eesti Vabariigi põhiseadus: Kommenteeritud väljaanne. Juura 2012, lk 273 § 20 lg 2 p 6 kommentaar 17.1.

Täpsustamaks välismaalaste kontekstis riigi suveräänsuse ulatust, on igal riigil õigus otsustada lisaks välismaalaste riiki lubamise, riigis viibimise aja, tingimuste ja isiku väljasaatmise üle²⁶ ka välismaalaste vabaduse piiramise üle kitsamas mõttes, s.o välismaalase kinnipidamise üle.²⁷ Selline riigi kaalutlusvabadus välismaalaste suhtes ei ole siiski piiritu, kuivõrd riigil lasub omalt poolt kohustus välismaalaste kinnipidamiseks viia läbi nõuetekohane väljasaatmismenetlust, samuti on riigil õigus välismaalasi kinni pidada üksnes välismaalaste õigusest tulenevate kitsaste eesmärkide täitmiseks. Alljärgnevalt käsitlen esmalt välismaalaste kinnipidamise eesmarke väljasaatmismenetluses väljasõidukohustuse täitmise tagamisel. Seejärel analüüsin nõudeid, millele peab vastama väljasaatmismenetlus, et välismaalase kinnipidamist oleks üleüldsegi võimalik kaaluda, kuivõrd sõltumata välismaalase käitumisest ei ole iga väljasaatmismenetluse puhul välismaalase kinnipidamine lubatud.

1.1. Väljasõidukohustuse olemus ning selle tähendus kinnipidamise eesmärkide määratlemisel

Väljasõidukohustus on VSS § 3 lg 1 kohaselt välismaalase kohustus Eestist lahkuda. Selline kohustus saab tuleneda kas vahetult seadusest või haldusaktist. VSS § 3 lg 2 kohaselt on seaduse alusel väljasõiduks kohustatud välismaalane, kelle viibimisalus lõpeb, kui seda ei pikendata, ning välismaalasel ei ole muud viibimisalust. Väljasõidukohustust sisaldavaks haldusaktiks on aga VSS § 7 lg 2 kohaselt lahkumisettekirjutus, mis tehakse sama paragrahvi lõike 1 kohaselt viibimisalusetä Eestis viibivale isikule. Seega olukorras, kus välismaalasel langeb riigis viibimise alus ära või talle tehakse lahkumisettekirjutus, on välismaalasel kohustus riigist lahkuda.

Naasmisdirektiiv ning sellest liikmesriikidele tulenevate järelevalvemeetmete rakendamise võimalused on struktureeritud selliselt, et väljasõidukohustuse täitmisel ning täitmise tagamisel austataks välismaalase põhiõigusi ning et kõik võimalikud kohaldatavad meetmed ning isiku suhtes tehtavad otsused oleksid proportsionaalsed (art 8(4)). Euroopa Kohus on märkinud seejuures, et isegi leebemate järelevalvemeetmete kohaldamine saab olla õigustatud üksnes erandlikel asjaoludel.²⁸ Naasmisdirektiivis kehtestatud väljasaatmismenetluse etappide läbimise järjekord vastab lahkumisettekirjutuse edukaks täitmiseks vajalike meetmete võtmise järjestusele, reguleerides esmalt meedet, mis jätab välismaalasele kõige rohkem vabadust.

²⁶ EIKo 19776/92, *Amuur vs. Prantsusmaa*, p 41.

²⁷ EIKo 3455/05, *A jt vs. Ühendkuningriik*, p 163.

²⁸ EKO C-61/11, *El Dridi*, p 37.

Naasmisdirektiivi kohaselt on võimalik välismaalast motiveerida väljasaatmismenetluses koostöö tegemisele ning väljasõidukohustuse täitmisele juba kõige varajasemas staadiumis, kasutades selleks direktiiviga ettenähtud menetluslikke vahendeid.

Tulenevalt naasmisdirektiivi preambula p-st 10 tuleks väljasaatmisele eelistada vabatahtlikku riigist lahkumist, kui ei ole põhjust arvata, et see kahjustaks väljasaatmise korra eesmärki.²⁹ Seega enne igasuguste järelevalvemeetmete kohaldamise üle otsustamist tuleb pädeval asutusel hinnata, kas isikule oleks võimalik ning mõistlik anda võimalus vabatahtlikuks lahkumiseks (VSS § 7 lg 2 ja § 7² lg 2). Tähtaeg vabatahtlikuks lahkumiseks peaks jääma vahemikku 7-30 päeva (VSS § 7² lg 4) ning Politsei- ja Piirivalveametil (edaspidi ka PPA) on vajadusel võimalus seda tähtaega erandlikel asjaoludel pikendada (VSS § 7² lg 5). Seega juba seaduses sätestatud vabatahtlikust väljasõidukohustuse täitmise tähtajast lühema tähtaja määramine või vabatahtliku tähtajata andmise asemel viivitamatule täitmisele kuuluva lahkumisettekirjutuse tegemine on välismaalaste õiguse mõttes meede, mis võib riivata välismaalase põhiõigusi.³⁰

Välismaalase jaoks üheks oluliseks motivaatoriks väljasõidukohustuse vabatahtlikuks täitmiseks on kindlasti asjaolu, et vabatahtliku tähtaja määramisel kuni selline tähtaeg ei ole möödunud, ei ole välismaalast võimalik kinni pidada. Nii VSS-i kui ka naasmisdirektiivi eesmärgipärasest ning süstemaatilise tõlgendamisest tuleneb, et vabatahtliku väljasõidukohustuse täitmise tähtaja vältel ei ole võimalik isikut kinni pidada. Kinnipidamine on sätestatud teistest järelevalvemeetmetest eraldiseisvalt (vrd VSS § 10 ja § 15; direktiivi artiklid 7 ja 15). Samuti oleks väljasõidukohustuse vabatahtliku täitmise tähtaja jooksul välismaalase kinnipidamine vastuolus väljasaatmiskohustuse vabatahtliku täitmise olemusega.³¹ Samas ei ole välistatud teiste järelevalvemeetmete kohaldamine väljasõidukohustuse vabatahtliku täitmise tähtaja vältel (VSS § 10; naasmisdirektiivi art 7(3)). Ent kui välismaalane ei ole täitnud väljasõidukohustust vabatahtlikuks täitmiseks määratud tähtaja jooksul või tema suhtes tehakse viivitamatule täitmisele kuuluv lahkumisettekirjutus, algab välismaalase väljasaatmismenetlus. Välismaalase sundkorras väljasaatmise raames võib aga isiku õiguste riive kulmineeruda välismaalase kinnipidamisega kuni väljasaatmise täideviimiseni või kinnipidamise maksimaalse tähtaja saabumiseni (naasmisdirektiivi art 15;

²⁹ Vabatahtliku lahkumise eelistamist on pidanud oluliseks ka ÜRO Inimõiguste Nõukogu. Vt ÜRO Inimõiguste Nõukogu. Spetsiaalse aruandja raport välismaalaste inimõiguste kohta. Crépeau, F. U.N. Doc. A/HRC/20/24. 02.04.2012, p 68.

³⁰ Sellisteks õigusteks on eelkõige õigus vabadusele ja isikupuutumatusel, õigus perekonnaelu puutumatusel, õigus inimlikule kohtlemisele, vt PS §-d 18, 20 ja 26.

³¹ EKo 61/11, *El Dridi*, p 37-39.

VSS §-d 15 ja 25). Välismaalase kinnipidamise üle otsustab PPA taotluse alusel halduskohus (VMS § 26 lg 1), lahendades PPA taotluse kirjaliku määrusega (HKMS § 264 lg 4).³²

Rahvusvaheliste inimõiguste kohaselt on igaühel õigus vabadusele, s.o mitte kedagi ei või meelevaldselt vahistada, pidada kinni või muul moel piirata isiku liikumisvabadust.³³ Selline õigus tuleneb isikutele inimõiguste universaalsest olemusest, mis kohalduvad kõigile pelgalt seetõttu, et nad on inimesed. Euroopa Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni (edaspidi EIÕK) artikkel 5 sätestab igaühe õiguse isikuvabadusele ja turvalisusele ning keelab isikutelt võtta vabadust, välja arvatud seaduses kindlaks määratud korras. Artikli 5(1) p f kohaselt võimaldab EIÕK isikut seaduslikult vahistada või pidada kinni, et võtta meetmeid tema väljasaatmiseks. Eesti põhiseaduse § 20 lg 2 p 6 reguleerib sisult sama olukorda, s.o isikult võib võtta vabaduse seaduses sätestatud juhul ja korras Eestist väljasaatmiseks. Siinkohal on oluline märkida, et viidatud alused nii EIÕK-st, kui ka Eesti põhiseadusest käsitlevad välismaalaste vabaduse piiramist eraldiseisva instituudina, mille kohaldamise võimalus on tihedalt seotud üksnes välismaalaste õiguse ja sellest tulenevate eesmärkide saavutamiseega.

Riigi suveräänsuse õiguslikult eristav lähenemine kodanike ja välismaalaste suhtes on seejuures kohati lämmitav, kuivõrd esmalt laiaulatusliku garantiina näiv igaühe õigus vabadusele hääbub, kui isik, kelle liikumisvabadust piiratakse, ei ole kõnealuse riigi kodanik. Kuigi EIÕK artikli 5(1) p f kohaselt ei või välismaalasi kinni pidada muudel, kui üksnes migratsioonilistel kaalutlustel, ning sättest tulenevat õigust kinnipidamiseks ei või kasutada välismaalaste suhtes võrreldes kodanikega diskrimineerivalt,³⁴ on riikide kaalutusõigus välismaalaste kinnipidamisel sellest sõltumata tavapärasest oluliselt suurem.³⁵

Välismaalase kinnipidamine on välismaalaste õiguse alusel võimalik üksnes olukordades, kui välismaalasel on väljasõidukohustus (s.o välismaalasel puudub riigis viibimiseks alus), ent välismaalane ei ole soostunud või riigi seisukohalt tõenäoliselt ei soostu väljasõidukohustust vabatahtlikult täitma ning riik soovib vastavat olukorda hallata ehk välismaalast sundkorras riigist välja saata. Kuivõrd tegemist on haldusõigusliku kinnipidamisega, on välismaalaste kinnipidamisel äärmiselt oluline silmas pidada just välismaalaste kinnipidamise eesmärke, kuna vastavat haldusõiguslikku meetet ei või kohaldada karistusõiguslike eesmärkide

³² Halduskohtumenetluse seadustik. – RT I, 13.04.2016, 4.

³³ ÜRO inimõiguste ülddeklaratsioon. G.A. Res.217(III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) 1948, artikkel 9.

³⁴ Diskrimineeriva käsitluse all pean silmas välismaalaste kinnipidamist välismaalaste õiguse alusel korrakaitseõiguslikel eesmärkidel, mida kodanike suhtes teha ei saa. Näiteks olukorras, kus kodanik ja välismaalane on nt avaliku korra suhtes samaväärselt ohtlikud, ei või välismaalaste õigusest tulenev kinnipidamise võimalus võimaldada pidada välismaalast korrakaitseõiguslikel eesmärkidel kergemalt kinni kui kodanikku.

³⁵ EIKo 3455/05, *A jt vs. Ühendkuningriik*, p 163, 164, 185 jj.

saavutamiseks.³⁶ Välismaalaste õiguse alusel välismaalaste kinnipidamise eesmärgid saavad aga olla seotud üksnes riigi migratsioonipoliitika elluviimisega, et tagada välismaalase edukas väljasaatmine või avaldada välismaalase suhtes mõju, et välismaalane teeks pädeva asutusega koostööd väljasaatmismenetluse läbiviimisel.³⁷

Nimetatud eesmärgid kui välismaalaste kinnipidamise tuumikaluseid on oluline meeles pidada ning nendega tingimata arvestada, kuna muud kaalutlused välismaalaste kinnipidamiseks ei allu välismaalaste õiguse regulatsioonile. Kuivõrd EIÕK artikkel 5(1) p f näeb ette kinnipidamise üksnes tõkestamiseks välismaalase ebaseaduslikku riiki sisenemist või välismaalase väljasaatmise tagamiseks, ei ole võimalik välismaalaste õiguse normidele tuginedes pidada välismaalasi kinni julgeoleku, rahva tervise või avaliku korra tagamiseks.³⁸ Iseenesest ei ole välistatud käsitus, mille kohaselt on välismaalaste õigusest tulenevad reeglid osaks avalikust korrast või riigi julgeolekust. Kuivõrd aga sellisele „osale avalikust korrast“ on ette nähtud eriregulatsioon välismaalaste õiguste piiramiseks, ei ole võimalik välismaalaste õigusi piirata eriregulatsiooni alusel, tagamaks avalikku korda terviklikult. Välismaalaste haldusõiguslikku kinnipidamise võimalust ei või kasutada varjatud kattena, et pidada kinni välismaalasi, kelle kinnipidamine ei ole õigustatud karistusõiguslikel alustel, et saavutada karistusõiguslikke eesmärgid.³⁹ Seejuures ei või rahvusvahelise õiguse kohaselt välismaalaste kinnipidamisel olla isegi mitte karistusõiguslikku iseloomu.⁴⁰ Tuues näite varjupaigamenetlusest ning varjupaigataotlejate kohtlemise eripärast, siis selline karistusõigusliku käsitluse keeld on selgelt sõnastatud pagulasseisundi konventsiooni artiklis 31, mille kohaselt ei kohaldata karistust ebaseadusliku riiki sisenemise või seal viibimise eest, kui pagulane teatab viivitamata endast ametiasutusele ning põhjendab riiki loata sisenemist või seal viibimist.⁴¹ Seejuures kuigi konventsiooni sõnastuse kohaselt on keelatud varjupaigataotleja teo karistusõiguslik käsitus, on autoreid, kes on seisukohal, et konventsiooni keeluga on hõlmatud samuti karistava

³⁶ Bryan, lk 194.

³⁷ Eristan ühe eesmärgina välismaalase kohalviibimise tagamist väljasaatmise läbiviimisel ning välismaalase motiveerimist väljasaatmismenetluse eduka läbiviimisele kaasaaitamiseks. Cornelisse, lk 272; Hailbronner, lk 1543; S. Peers jt. EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 2: EU Immigration Law. Leiden, Boston: Nijhoff 2012 (edaspidi *Peers*), lk 501.

³⁸ EIKo 3455/05, *A jt vs. Ühendkuningriik*, p 163, 164.

³⁹ Samuti ei või haldusõiguslikul alusel kinnipeetud isikuid kohelda halvemini kui kriminaalkorras karistatuid. Vt EIKo 22414/93, *Chahal vs. Ühendkuningriik*. Kohtunik Pettiti osaline eriarvamus.

⁴⁰ ÜRO Inimõiguste Nõukogu. Meelevaldse kinnipidamise töögrupi aruanne. U.N. Doc. A/HRC/10/21 16.02.2009, lk 23.

⁴¹ Pagulasseisundi konventsioon. – RT II 1997, 6, 26.

iseloomuga haldusõiguslik kinnipidamine, mida võib pidada ka meelevaldseks kinnipidamiseks.⁴²

Oluline on täheldada, et ülal kirjeldatud eesmärkidest kinnipidamine ei ole juriidiline formaalsus, vaid sellisel piirangul on selge praktiline väärtus. Kuivõrd haldusõigusliku meetme kohaldamine toimub haldusõiguse alusel, nähakse haldusõiguslike meetmete kaudu karistusõiguslike eesmärkide saavutamisel selle subjektidele mitmeid ohte. Nimelt ei ole haldusõigus üle võtnud paljusid kriminaalõiguses juurdunud garantiisid, mis puudutavad näiteks tõendite kogumise või menetluse läbiviimise reegleid (nt tõendamise ulatus, tõendite vastuvõetavus, õigus kaitsjale).⁴³ ÜRO meelevaldse kinnipidamise töögrupp (*Working Group on Arbitrary Detention*, edaspidi WGAD) on korduvalt väljendanud muret ning juhtinud riikide tähelepanu ebakohasele ning diskrimineerivale välismaalaste õiguse rakendamisele ning toonud esile olukordi, kus riigid on rikkunud välismaalaste süütuse presumptsiooni või muid õiguslikke tagatisi.⁴⁴ Seega rakendades välismaalaste õigusest tulenevat võimalust kohaldada välismaalaste suhtes kinnipidamist, peab välismaalaste vabaduse piiramine toimuma ajendatuna üksnes väljasaatmismenetluse eduka läbiviimise, mitte muudest võimalikest karistusõiguslikest või julgeoleku eesmärkidest.

Välismaalaste puhul tuleb siiski nentida, et nende riigis ebaseaduslikku viibimist ei ole keelatud karistusõiguslikult sanktsioneerida.⁴⁵ Naasmisdirektiiv ei välista liikmesriikide võimalust käsitleda riigis ebaseaduslikku viibimist süüteona, ent liikmesriikide kohaldatavad karistused ei või ohustada naasmisdirektiivi eesmärkide saavutamist.⁴⁶ Nii on Euroopa Kohus leidnud, et vabadusekaotuslikku karistust ei ole pelgalt riigis ebaseadusliku viibimise tõttu välismaalaste suhtes Euroopa Liidus võimalik rakendada.⁴⁷ Vabadusekaotusliku karistusena on Euroopa Kohus käsitlenud seejuures ka kodus kinnipidamist.⁴⁸ Lisaks on Euroopa Kohus pidanud naasmisdirektiiviga vastuolus olevaks sellist siseriiklikku regulatsiooni, mis lubab kohaldada

⁴² Kinnipidamise karistav iseloom võib tuleneda olukorrast, kus varjupaigataotleja paigutatakse kinnipidamisasutusse, kontrollimata eelnevalt vajadust sellise meetme rakendamise järele, vt Edwards, lk 11; juhul kui ei järgita seadusest tulenevaid nõudeid vt EIKo 34082/02, *Rusu vs. Austria*, p 48-59.

⁴³ F. Crépeau. U.N. Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants: FRA-ECtHR Seminar on European Law on Asylum, borders and immigration. Concluding Remarks. 11.06.2013. – <http://fra.europa.eu/en/news/2013/handbook-european-law-relating-asylum-borders-and-immigration> (viimati vaadatud 02.05.2016), lk 7.

⁴⁴ ÜRO Inimõiguste Komisjon. Meelevaldse kinnipidamise töögrupi aruanne. U.N. Doc. E/CN.4/2004/3 15.12.2003, lk 18.

⁴⁵ EKo C-61/11, *El-Dridi*, p 52; EKo, C-329/11 *Achughbabian*, p 28.

⁴⁶ EKo C-430/11, *Sagor*, p 32; C-290/14, *Celaj*, p 21.

⁴⁷ EKo C-61/11, *El-Dridi*, p 58.

⁴⁸ EKo C-430/11, *Sagor*, p 46.

välismaalase suhtes karistusõiguslikku vangistust ajal, mil välismaalasel puudub riigis viibimise alus ning tema suhtes ei ole kohaldatud sunnimeetmeid väljasõidukohustuse täitmiseks.⁴⁹ Seega, kuna vabadusekaotuslikud karistused väljasaatmismenetluse ajal ei ole lubatavad, võib naasmisdirektiiviga olla vastuolus ka välismaalaste seaduse (edaspidi VMS)⁵⁰ § 298, mis näeb ette välismaalasele ebaseadusliku Eestis viibimise eest alternatiivse karistusena aresti.⁵¹ Ainsateks eranditeks vabadusekaotusliku karistusõigusliku meetme rakendamiseks on Euroopa Kohus jätnud liikmesriikidele võimaluse karistusõiguslikult karistada neid välismaalasi, kes on varem toimunud väljasaatmismenetluse raames välja saadetud ning välismaalane on sisenenud uuesti vastavasse riiki, rikkudes sellega sissesõidukeeldu,⁵² või kui pärast naasmisdirektiivis ettenähtud maksimaalse tähtaja möödumist isiku kinnipidamiseks ei täida välismaalane väljasõidukohustust ilma mõjuva põhjuseta.⁵³ Samas ei ole välistatud välismaalase karistamine rahalise karistusega.⁵⁴ Sellest johtuvalt on aga selgem asjaolu, et välismaalaste kinnipidamine tulenevalt üksnes nende ebaseaduslikust riigis viibimisest saab olla üksnes haldusõiguslik, mitte karistusõiguslik.

Võttes eelneva kokku, on riigil võimalik välismaalast kinni pidada üksnes eesmärgiga tagada välismaalase kohalviibimine väljasaatmismenetluse edukaks läbiviimiseks või selleks, et avaldada välismaalasele mõju pädeva asutusega koostöö tegemiseks. Seejuures, kuni on parasjagu käimas väljasaatmismenetlus ning maksimaalne välismaalase kinnipidamise tähtaeg ei ole möödunud, ei ole välismaalaselt vabaduse võtmiseks riigil õigust kasutada muid meetmeid kui välismaalaste õigusest tulenevat välismaalase kinnipidamist.

⁴⁹ EKo C-329/11, *Achughbabian*, p 50.

⁵⁰ Välismaalaste seadus. – RT I, 06.04.2016, 20.

⁵¹ Enne karistusseadustiku revisjoni kehtis KarS § 260, mille kohaselt oli Eestis ebaseaduslikult viibimine karistatav kuni ühe aastase vangistusega, vt karistusseadustik RT I, 21.06.2014, 28. KarS § 260 tunnistati kehtetuks seoses väärtetprejuditsiooni ärakaotamisega, vt karistusseadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse (554 SE) eelnõu seletuskiri. – <http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/78433b29-8b2f-4281-a582-0efb9631e2ad/Karistusseadustiku%20muutmise%20ja%20sellega%20seonduvalt%20teiste%20seaduste%20muutmise%20seadus/> (viimati vaadatud 02.05.2016), lk 71.

⁵² EKo C-290/14, *Celaj*, p 21.

⁵³ EKo C-329/11, *Achughbabian*, p 48.

⁵⁴ EKo C 430/11, *Sagor*, p 36.

1.2. Väljasaatmismenetluse piirid ja haldusorgani hoolsuskohustus selle läbiviimisel

Eelnevalt jõudsin järeldusele, et välismaalaste kinnipidamine saab riigis viibimise aluse puudumise tõttu toimuda üksnes migratsiooni eesmärkide saavutamiseks ehk väljasaatmine peab olema tihedalt seotud üksnes väljasaatmise eduka läbiviimisega. Kuivõrd kinnipidamise kaudu migratsiooni eesmärkide saavutamine saab toimuda üksnes väljasaatmismenetluses, lasub riigil kohustus viia sellist menetlust läbi nõuetekohase hoolsusega. Alljärgnevas peatükis käsitlengi väljasaatmismenetluse piire ja riigi hoolsuskohustust väljasaatmismenetluse läbiviimisel.

Euroopa Liidu õiguse kohaselt on välismaalaste kinnipidamise vältimatuks eelduseks väljasaatmise tagamisel vastava menetluse läbiviimine.⁵⁵ Ka EIK praktikas on juurdunud selge põhimõte, mille kohaselt on välismaalast EIÕK Art 5(1) p f alusel võimalik kinni pidada üksnes siis, kui kõnealune riik viib läbi väljasaatmismenetlust.⁵⁶ Välismaalaste kinnipidamise eelduseks on väljasaatmismenetluse läbiviimine ka Eesti regulatsiooni kohaselt. VSS § 15 lg 2 kohaselt on välismaalast võimalik kinni pidada üksnes väljasõidukohustuse täitmise tagamiseks. Kuigi VSS § 15 sõnastus ei viita otseselt „väljasaatmismenetlusele“, on välismaalase kinnipidamine väljasõidukohustuse täitmise tagamiseks ilmselgelt tihedalt seotud isiku väljasaatmisega, mis saab toimuda üksnes väljasaatmismenetluses.

Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse kohaselt algab väljasaatmismenetlus hetkest, mil riik asub täitma välismaalase väljasõidukohustust sundkorras pärast lahkumisetekirjutuse sundtäitmise tähtaja saabumist (VSS § 14 lg 1). Ilmselt ei tekita siinkohal raskusi väljasaatmismenetluse läbiviimise tuvastamine olukorras, kus riigi pädev asutus tegeleb parasjagu vastuvõtvalt riigilt välismaalase tagasisaatmiseks dokumentide hankimise või juba konkreetse väljasaatmise organiseerimisega. Samas tuleb välismaalase väljasaatmiseks kontrollida kõikide väljasaatmise aluseks olevate materiaalõiguslike eelduste olemasolu, mis olemuslikult ei piirdu üksnes isiku või vastuvõtva riigi tuvastamisega. Kuivõrd rahvusvahelise õiguse kohaselt ei ole isiku väljasaatmine lubatud olukorras, kus see võib isiku suhtes kaasa tuua vastuvõtvas riigis EIÕK artikli 3 rikkumise (vt ka VSS § 17¹),⁵⁷ on EIK pidanud vastavate

⁵⁵ Peers, lk 501; vt ka direktiivi 2008/115 Art 15: /.../ võivad liikmesriigid kinni pidada ainult kolmanda riigi kodaniku, kelle suhtes kohaldatakse tagasisaatmismenetlust tagasisaatmise ettevalmistamiseks ja/või väljasaatmise läbiviimiseks /.../.

⁵⁶ EIKo 22414/93, *Chahal vs. Ühendkuningriik*, p 112.

⁵⁷ EIÕK Art 3: Kedagi ei või piinata ega ebainimlikult või alandavalt kohelda ega karistada; vt ka EIKo 22414/93, *Chahal vs. Ühendkuningriik*, p 74.

asjaolude väljaselgitamist väljasaatmismenetluse nõuetekohase läbiviimise lahutamatuks osaks.⁵⁸ Välismaalase väljasaatmisel EIÕK artikli 3 rikkumise tuvastamisel hindab pädev asutus sisuliselt välismaalase väljasaatmise perspektiive (vt ka käesoleva töö p 1.3). Lisaks on EIK pidanud üheks väljasaatmismenetluse elementaarseks osaks menetluse läbiviimisel välismaalasele vajalike toimingute sooritamise vajalikkuse selgitamist, sh näiteks välismaalaselt nõusoleku küsimist vajalike dokumentide taotlemiseks. Nimelt on EIK leidnud, et isiku väljasaatmiseks vajalike dokumentide koostamiseks välismaalaselt nõusoleku küsimine ning ettepanekute tegemine vajalike blankettide täitmiseks on tegevus, mis langeb väljasaatmismenetluse läbiviimise alla.⁵⁹

Samas on Riigikohus esitanud ühes 2012. aasta otsuses avatud loetelu toimingutest, mida teostatakse väljasaatmiseks, nimetades isiku kinnipidamise, toimetamise piiripunkti, piiripunktis isiku suunamise välisriiki ning üleandmise vastuvõtva riigi esindajale.⁶⁰ Et Riigikohtu üsna hiljutist selgitust mitte valesti mõista, on oluline arvestada asjaoluga, et vastav Riigikohtu otsus on tehtud käesolevaks ajaks kehtetu VSS redaktsiooni alusel.⁶¹ Oluline erinevus hetkel kehtiva ning varasema redaktsiooni vahel on see, et varem kehtinud redaktsiooni sõnastus andis aluse selle tõlgendamiseks viisil, mille kohaselt välismaalase kinnipidamine välismaalase väljasaatmiseks (VSS vana redaktsiooni (edaspidi VSS v.r) § 15 lg 1) võis toimuda üksnes juhul, kui sellega sooviti tagada Riigikohtu lahendis nimetatud toimingute tegemist, kuna enne seaduse muudatust kehtinud VSS sisaldas alust välismaalase kinnipidamiseks üksnes väljasaatmise täideviimiseks.⁶² Teisiti öeldes võib vana VSS redaktsiooni tõlgendada nii, et välismaalast oli väljasaatmiseks võimalik kinni pidada üksnes välismaalase piiripunkti toimetamiseks, piiripunktis välisriiki suunamiseks või üleandmiseks vastuvõtva riigi esindajale ehk välismaalase kohalviibimise tagamiseks välismaalase väljasaatmise n-ö viimaste vajalike toimingute ajaks. Samas kuivõrd VSS v.r § 23 nägi ette võimaluse välismaalase kinnipidamiseks kauemaks ajaks kui üksnes §-s 14 toodud väljasaatmise täideviimiseks, kui välismaalase väljasaatmist ei olnud võimalik täide viia 48 tunni jooksul, siis sätete eesmärgipärasel tõlgendamisel oleks õige asuda seisukohale, et VSS v.r §-s 15 sätestatud võimalus isiku kinnipidamiseks ei piirdunud üksnes olukordadega, mil oli tarvis tagada isiku füüsiline väljasaatmine.

⁵⁸ EIKo 3455/05, A jt vs. *Ühendkuningriik*, p 169.

⁵⁹ EIKo 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*, p 64.

⁶⁰ RKHKo 3-3-1-84-11, p 19.

⁶¹ Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadus. – RT I, 15.03.2014, 98.

⁶² Vrd VSS v.r § 15 ja kehtiva VSS § 15.

Siinkohal on oluline märkida, et varem kehtinud VSS redaktsiooni sõnastus ei olnud mõistekasutuselt piisavalt täpne. Samuti on käesoleval ajal kehtivas VSS redaktsioonis kinnipidamise alus sõnastatud oluliselt laiemalt kui varem. Kui vana VSS redaktsiooni kohaselt võis isikut esmalt kinni pidada isiku väljasaatmisel (ning sellest johtuvalt ka väljasaatmise toimingute tagamiseks), siis tulenevalt kehtiva VSS § 15 lg-st 2 võib isikut kinni pidada väljasõidukohustuse täitmise tagamiseks, mis on ilmselgelt laiem alus. Lisaks eeltoodule ei ole põhjendatud kitsendada välismaalaste kinnipidamise instituuti, sidudes selle rakendamise võimaluse üksnes väljasaatmise tagamiseks teostatavate haldustoimingutega, mis leiavad aset isiku sunniviisilisel väljasaatmisel. Kuigi kirjeldatud kitsendust naasmisdirektiiv ei välista (art 4(3)),⁶³ on naasmisdirektiiviga ette nähtud kinnipidamine rakendatav laialt, kuivõrd naasmisdirektiivi artikli 15(1) sõnastuses käsitletakse nii tagasisaatmiseks ettevalmistamist kui ka väljasaatmise läbiviimist. Eeltoodust tulenevalt on põhjendatud asuda seisukohale, et isiku kinnipidamine väljasõidukohustuse täitmise tagamiseks ei ole piiratud Riigikohtu poolt esitatud loetus toodud toimingute tegemisega, vaid väljasõidukohustuse täitmise tagamine hõlmab endas kõikide vajalike toimingute tegemist kogu väljasaatmismenetluses, mis on vajalikud isiku efektiivse väljasaatmise läbiviimiseks.

Tulenevalt eeltoodust tuleks väljasaatmisele suunatud toiminguid ehk väljasaatmismenetlust tervikuna käsitleda kinnipidamise kohaldamise kaalumisel laialt. Väljasaatmismenetluse raamide sisse peaksid kuuluma nii toimingud, mis on seotud välismaalase väljasaatmiseks vajalike materiaalõiguslike aluste väljaselgitamisega, väljasaatmiseks konkreetsete vajalike dokumentide hankimisega kui ka näiteks välismaalase piiripunkti toimetamisega või välismaalase üleandmisega. Seejuures konkreetse väljaselgitamise alla võib kuuluda nii välismaalast vastuvõtva kodakondsus- või asukohariigi tuvastamine kui ka võimaliku vastuvõtva riigi julgeolekuolukorra kindlakstegemine, tagamaks välismaalase EIÕK artiklist 3 tulenevate õiguste kaitse välismaalase väljasaatmisel. Igal juhul on riigi tegevuse sisu hindamisel oluline see, et riik teostaks toiminguid, mis on suunatud isiku väljasaatmismenetluse edukale läbiviimisele.

Välismaalaste kinnipidamiseks väljasaatmismenetluses ei piisa aga üksnes väljasaatmismenetluse algatamisest ning aeg-ajalt toimingute tegemisest. Väljasaatmist läbiviiv pädev asutus peab olema isiku väljasaatmise lõpuleviimiseks aktiivne ning seda läbivalt kogu

⁶³ Naasmisdirektiiv ei piira liikmesriigi õigust võtta vastu või säilitada sätteid, mis on soodsamad isikutele, kelle suhtes naasmisdirektiivi kohaldatakse, tingimusel, et sellised sätted on kooskõlas naasmisdirektiiviga. Isikute kinnipidamine on igal juhul liikmesriigi diskretsiooniõigus, millest tulenevalt ei oleks kinnipidamise kitsamate aluste sätestamine naasmisdirektiiviga vastuolus.

väljasaatmismenetluse jooksul.⁶⁴ Riigikohus ei ole seni pidanud hindama pädeva asutuse hoolsuskohustuse täitmist väljasaatmismenetluse läbiviimisel. Samas on Riigikohus teinud 2006. aastal lahendi, mis on oluliseks nurgakiviks riigi suveräänsuse ja välismaalaste inimõigustest tulenevate tagatiste kaalumisel. Riigikohus kohaldas VSS alusel isiku kinnipidamise õiguspärasuse hindamisel ka põhiseaduse § 20 lg 2 p 6, millega kohus avas selge võimaluse kinnipidamiskeskuses viibimise tähtaja pikendamise üle otsustamisel arvestada kõigi asjaoludega, mis on tihedalt väljasaatmismenetlusega.⁶⁵ Teisiti öeldes kohustas Riigikohus välismaalase kinnipidamisel hindama kinnipidamise proportsionaalsust, kuigi tol ajal kehtinud välismaalase kinnipidamise regulatsiooni sõnastuse kohaselt seda teha ei tulnud. Samas on kehtiva VSS redaktsiooni § 15 lg 1 kohaselt kohtul igal juhul kohustus arvestada kinnipidamise pikendamise üle otsustamisel proportsionaalsuse põhimõttega, mistõttu on õige järeldada, et VSS soosib arvestama kinnipidamise tähtaja pikendamisel muu hulgas ka väljasaatmismenetlust läbiviiva organi tegevuse hoolsuskohustuse täitmisega.

Naasmisdirektiivi artikli 15(1) sõnastusest tuleneb, et kinnipidamine on võimalik üksnes siis, kuni kestab väljasaatmise korraldamine ning see viiakse ellu nõuetekohase hoolsusega. Kuna VSS ei sisalda selgesõnalist nõuet, et välismaalase kinnipidamisel peab riik viima läbi väljasaatmismenetlust nõuetekohase hoolsusega, võib VSS olla sellise sätte puudumise tõttu vastuolus naasmisdirektiiviga. Samas on pädeval asutusel siiski HMS § 5 lg-st 2 tulenevalt kohustus viia haldusmenetlust läbi eesmärgipäraselt ja efektiivselt, mistõttu Eesti regulatsioonis ei puudu väljasaatmismenetluse läbiviimise hoolsuskohustus. Ka juhul, kui selline kohustus siseriiklikus õiguses puuduks, on sellisteks puhkudeks Euroopa Liidu õiguses välja kujunenud praktika, mille kohaselt võivad isikud tugineda vahetult direktiivi sätetele, mis on oma sisu poolest tingimusteta ja piisavalt täpsed, kui liikmesriik jätab direktiivi ettenähtud tähtajal üle võtmata või võtab selle üle ebakorrektselt.⁶⁶ Seejuures on Euroopa Kohus naasmisdirektiivi artiklite 15 ja 16 kohta avaldanud, et viidatud sätted on reguleeritud tingimusteta ning piisavalt täpselt, et võimaldada liikmesriikidel neid rakendada, ilma et need vajaksid selleks muid erilisi asjaolusid.⁶⁷ Eeltoodust tulenevalt, kuigi VSS seda otsesõnu ei nõua, tuleneb VSS § 15 alusel välismaalase kinnipidamisel riigile kohustus viia väljasaatmismenetlust läbi nõuetekohase hoolsusega tulenevalt naasmisdirektiivi artiklist 15(1).

⁶⁴ Costello (2012), lk 293; EIKo 25389/05, *Gebremedhin vs. Prantsusmaa*, p 74; vt ka naasmisdirektiivi Art 15 (1) sõnastus: */.../ see viiakse ellu nõuetekohase hoolsusega*; EIKo 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*, p 64.

⁶⁵ RKHKo 3-3-1-45-06, p 10.

⁶⁶ EKo C-138/07, *Cobelfret*, p 58.

⁶⁷ EKo C-61/11, *El Dridi*, p 47.

Riigi hoolsuskohustuse all peetakse silmas riigi kohustust viia läbi välismaalase väljasaatmise lõpuleviimiseks kõiki vajalikke toiminguid nõuetekohase hoolsusega.⁶⁸ Nõuetekohase hoolsuse kohustuse täitmist saab aga hinnata lähtudes üksnes konkreetsetest asjaoludest. EIK on näiteks tuvastanud hoolsuskohustuse rikkumisi nii mitmete võrdlemisi lühikeste tegevusetuse perioodide tõttu⁶⁹ kui ka riigi vältava tegevusetuse korral.⁷⁰ Nõuetekohasuse hindamisel ei võeta seejuures arvesse välismaalase poolt esitatud vaidlustuste või taotluste lahendamiseks kulunud aega,⁷¹ samas on EIK pidanud kohaseks arvestada riigi hoolsuskohustuse täitmisel riiki koormavate migrantide arvuga ning riigi jõupingutusi välismaalaste taotluste kiireks ning efektiivseks lahendamiseks.⁷²

Riigi hoolsuskohustuse nõuetekohase täitmise aspektist võib tekkida küsimus, kas riigipoolse hoolsuskohustuse täitmise kontrollimine halduskohtu poolt välismaalase kinnipidamise tähtaja perioodilisel pikendamisel on nõuetekohase väljasaatmismenetluse läbiviimise aspektist relevantne.⁷³ Välismaalase kinnipidamiskeskuses viibimise tähtaja pikendamisel peab halduskohus muu hulgas kontrollima ka VSS § 15 lõikes 2 sätestatud alust ning lõikes 1 sätestatud põhimõtteid.⁷⁴ Naasmisdirektiivi artiklist 15(1) tuleneb riigile kohustus viia väljasaatmismenetlust läbi nõuetekohase hoolsusega, mida peab kohus kinnipidamise õiguspärasuse hindamisel samuti kontrollima. Sellest tulenevalt peab riik perioodiliselt kontrollima väljasaatmismenetluse läbiviimise nõuetekohasust isiku kinnipidamiseks. Ent küsimus seisneb selles, kas riigisisene kohtulik kontroll väljasaatmismenetluse läbiviimise hoolsuskohustuse täitmise üle saab olla vaadeldav kui nõuetekohase hoolsusega väljasaatmismenetluse läbiviimine.

On ilmne, et PPA peab välismaalase jätkuva kinnipidamise taotluse rahuldamiseks esitama kohtule ka väljasaatmismenetluse olukorda või tulemuslikkust põhistavad asjaolud. Halduskohtu poolt välismaalase kinnipidamise jätkuva õiguspärasuse kontrolli teostamine ei ole aga väljasaatmismenetluse lõpule viimisele suunatud või selle eesmärgiks olev toiming.

⁶⁸ EIKo 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*, p 59.

⁶⁹ EIKo 18580/91, *Quinn vs. Prantsusmaa*, p 48.

⁷⁰ EIKo 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*, p 64.

⁷¹ EIKo 18580/91, *Quinn vs. Prantsusmaa*, p 48.

⁷² EIKo 13229/03, *Saadi vs. Ühendkuningriik*, p 76-80.

⁷³ VSS vana redaktsiooni kohaselt paigutati välismaalane kinnipidamiskeskusesse VSS § 23 lg 1 alusel kaheks kuuks ning järgnevat kinnipidamise õiguspärasust kontrolliti iga kahe kuu tagant. Kehtiva VSS redaktsiooni kohaselt paigutatakse välismaalane kinnipidamiskeskusesse kuni kaheks kuuks (VSS § 23 lg 1) ning kinnipidamist pikendatakse järgnevalt VSS § 25 lg 1 ja lg 2 alusel nelja kuu kaupa.

⁷⁴ Põgenemisoht või isiku koostöö puudumine.

Kinnipidamise ning selle õiguspärasuse kontrolli puhul ei ole tegemist väljasaatmismenetluse eduka lõpule viimise vältimatu eeldusega.⁷⁵ Tegemist on naasmisdirektiivi artiklist 15(3) tuleneva välismaalase menetlusliku tagatisega väljasaatmismenetluse kinnipidamise õiguspärasuse kontrollimiseks.⁷⁶ Pidades halduskohtu poolt läbiviidavat kontrolli kinnipidamise jätkuva õiguspärasuse üle väljasaatmismenetluses läbiviidavaks toiminguks välismaalase väljasaatmise eesmärgil, oleks siseriiklik kontroll riigi aktiivsuse osas täielikult välistatud ning riik täidaks hoolsuskohustust pelgalt kohtuliku kontrolli teostamise tulemusel alati. Sellisel juhul saaks pädev asutus tugineda igal järgneval kinnipidamise pikendamisel hoolsuskohustuse täitmise sisustamisel eelmisel perioodil läbi viidud kohtulikule kontrollile (VSS § 26) või asutuse poolt kontrollile eelneva taotluse koostamisele (VSS § 25 lg 1), omamata seejuures iseseisvat kohustust teha toiminguid väljasaatmismenetluse lõpule viimiseks. Selline tõlgendus ei saa aga olla õige ega kooskõlas riigi aktiivsuse kohustusega. Vastupidine seisukoht satuks vastuollu kogu riigi „nõuetekohase hoolsusega väljasaatmismenetluse läbiviimise“ kontseptsiooniga.

Võttes eeltoodu kokku, on välismaalase kinnipidamine välismaalaste õiguse alusel võimalik üksnes siis, kui riik on asunud sundkorras täitma välismaalase väljasõidukohustust ning on algatanud selleks väljasaatmismenetluse. Riigil on kohustus olla väljasaatmismenetluse läbiviimisel aktiivne ning viia menetlust läbi nõuetekohase hoolsusega. Seejuures välismaalase jätkuva kinnipidamise õiguspärasuse kontrolli ning selleks pädeva asutuse poolt tehtavaid halduskohtule esitatavaid taotlusi ei või hoolsuskohustuse nõuetekohase täitmise hindamisel arvesse võtta. Kinnipidamise õiguspärasuse kontrolli puhul on tegemist välismaalase menetlusliku tagatisega, mitte väljasaatmismenetluse vältimatu osaga, mida oleks riigi hoolsuskohustuse täitmise hindamisel võimalik arvesse võtta.

1.3. Väljasaatmise perspektiivikus

Viimaks, enne kui on võimalik asuda kinnipidamise kohaldamise kaalumise juurde, peab välismaalase väljasaatmine olema perspektiivne. Rahvusvahelise õiguse kohaselt peab välismaalase kinnipidamiseks olema väljasaatmismenetluse tulemuslikkusel reaalne väljavaade,⁷⁷ millest tulenevalt üheks selgeks aluseks välismaalase kinnipidamise lõpetamiseks

⁷⁵ RKHKm 3-3-1-32-15, p 11.

⁷⁶ Vt selles osas ka EIKo 14160/08, *Dolinskiy vs. Eesti*.

⁷⁷ EIKo 3455/05, *A jt vs. Ühendkuningriik*, p 167.

on väljasaatmismenetluse perspektiivituse ilmsikstulek (naasmisdirektiivi art 15(4); VSS § 15 lg 4).⁷⁸

Nii naasmisdirektiiv kui VSS käsitlevad väljasaatmise perspektiivitust kinnipidamise lõpetamise alusena ehk sätete sõnastuse kohaselt ei tuleks väljasaatmise perspektiivikust hinnata välismaalase algsel kinnipidamisel. Vastav sõnastus võib olla põhjendatud tulenevalt asjaolust, et väljasaatmismenetluse perspektiivikus ei saa olla üldjuhul teada väljasaatmismenetluse alguses. Samas kuivõrd teatud vastuvõtivate riikide puhul võib väljasaatval riigil olla kujunenud selge vastuvõtmist vältiv praktika, ei pruugi eluliselt olla välistatud sellised olukorrad, mil väljasaatmismenetluse algatamise hetkel on juba ilmne, et väljasaatmist ei ole tõenäoliselt võimalik edukalt läbi viia.⁷⁹ Sellisel juhul ei tuleks väljasaatmist kohaldada ka juba tulenevalt VSS § 14 lg 4 p-dest 2 või 3. Olen seisukohal, et nii naasmisdirektiivi kui VSS-i eesmärgipärasel tõlgendamisel ei välista kumbki regulatsioon välismaalase kinnipidamise õigusvastasust nimetatud olukorras. Samas, kui välismaalase algsel kinnipidamisel ei oleks võimalik arvestada naasmisdirektiivi artikliga 15(4) või VSS § 15 lg-ga 4, tuleb välismaalase kinnipidamisel arvestada väljasaatmise perspektiividega välismaalase kinnipidamise proportsionaalsuse hindamisel (vt käesoleva töö p 2.3).

Hinnates väljasaatmise perspektiivikust, sedastab VSS § 14 lg 4 p 2, et väljasaatmist ei kohaldata, kui väljasaatmine on muutunud võimatuks ning sama lõike p 3 kohaselt siis, kui väljasaatmine on VSS alusel keelatud. Väljasaatmise keeld on sätestatud VSS § 17¹ lg-s 1.⁸⁰ Seega väljasaatmise perspektiivikuse hindamisel tuleb välja selgitada isiku väljasaatmiseks materiaalõiguslike eelduste olemasolu ning hinnata isiku tegelikku väljasaatmise võimalikkust ehk muid kaalutlusi, arvestades kõiki objektiivseid asjaolusid, mis võiksid väljasaatmise olemuslikult välistada.

Esmalt on oluline märkida, et välismaalase väljasaatmise perspektiivikuse hindamisel tuleb lähtuda teatud ajalisest raamist, mille jooksul peaks väljasaatmine olema täide viidud. On seisukohti, mille kohaselt peab väljasaatmine toimuma mõistliku aja jooksul.⁸¹ Euroopa Kohus

⁷⁸ Riigikohus on väljasaatmismenetluse eduka läbiviimise perspektiivikust pidanud kinnipidamise proportsionaalsuse hindamisel vältimatuks välismaalase kinnipidamise eelduseks ka enne naasmisdirektiivi jõustumist ja selle sätete ülevõtmist Eesti õigusesse. Vt RKHKo 3-3-1-45-06, p 10.

⁷⁹ RKHKo 3-3-1-45-06, p 17.

⁸⁰ Välismaalast ei tohi välja saata riiki, kuhu väljasaatmine võib välismaalase suhtes kaasa tuua inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni artiklis 3, ÜRO piinamise ning muude julmade, ebainimlike või inimväärikust alandavate kohtlemis- ja karistamisviiside vastase konventsiooni artiklis 3 nimetatud tagajärje või surmanuhtluse kohaldamise.

⁸¹ A. Mazak kohtujuristi seisukoht EK asjas C-357/09, Kadzoev, p 79.

on siiski määratlenud perspektiivikuse hindamise ajalise raami konkreetsemalt, leides, et välismaalase väljasaatmine on kinnipidamise õiguspärasuse hindamisel perspektiivne ainult siis, kui väljasaatmist on reaalne lõpule viia naasmisdirektiivi artikli 15 lõigetes 5 ja 6 ette nähtud tähtaegade piires.⁸² Teisiti öeldes tuleb perspektiivikuse hindamisel arvestada naasmisdirektiivis sätestatud tähtaegasid, mida tuleb pidada n-ö maksimaalseteks tähtaegadeks, mille jooksul väljasaatmismenetluse läbiviimist on võimalik pidada mõistlikuks, et välismaalast oleks võimalik kinni pidada. Artikli 15(5) kohaselt võib artikli 15(1) alusel kohaldatav kinnipidamine kesta kuni kuus kuud. Naasmisdirektiivi artikli 15 lõikega 6 on aga ettenähtud võimalus välismaalase kinnipidamiseks kokku kuni 18-ks kuuks.

Arvestades naasmisdirektiivi artikli 15 lõigetes 5 ja 6 sätestatud tähtaegasid, mida on Euroopa Kohus tulenevalt *Kadzoevi* lahendist pidanud aluseks väljasaatmise perspektiivikuse hindamisel, tuleb perspektiivikuse hindamisel tingimata arvestada naasmisdirektiivi artikli 15 lõigetes 5 ja 6 sätestatud tähtaegade olemusliku erinevusega. Siinkohal on oluline pöörata tähelepanu asjaolule, et välismaalase kinnipidamine üle kuue kuu on lubatud üksnes kahel alusel, mis on tingitud kas isikust endast (koostöö puudumine) või vastuvõtvast riigist (dokumentide hankimise viibimine). Sellest tulenevalt saab väljasaatmismenetluse perspektiivikuse hindamisel võtta 18-kuulist väljasaatmismenetluse tähtaega arvesse üksnes neil juhtumitel, mil väljasaatmismenetlust ei ole võimalik lõpule viia kas tulenevalt sellest, et välismaalane ei tee koostööd või et kolmandatest riikidest vajalike dokumentide hankimine viibib. Seega olukorras, kus välismaalane teeb koostööd, kuid sellele vaatamata ei ole õnnestunud isikut kindlalt tuvastada või võimaliku vastuvõtva riigi ja selle julgeoleku olukorra kohta piisavalt andmeid koguda, ei ole viimati nimetatud asjaolud perspektiivikuse hindamisel sellised, mille tuvastamisele kuuluvat üle kuue kuu pikkust aega saaks pidada mõistlikuks. Teisiti öeldes ei saa isiku väljasaatmist pidada perspektiivseks, kui isik teeb koostööd ning menetluse venimist ei ole põhjustanud kolmandast riigist vajalike dokumentide hankimise viibimine, kuid väljasaatmist läbiviival pädeval asutusel ei õnnestu eeldatavasti kuue kuu jooksul tuvastada kõiki vajalikke asjaolusid ning teha kõik ettevalmistused väljasaatmise edukaks täideviimiseks. Välismaalase kinnipidamise õiguspärasuse hindamisel eeldab naasmisdirektiiv, et kui puuduvad artiklis 15(6) sätestatud takistused, siis peaks välismaalase väljasaatmine õnnestuma kuue kuu jooksul (art 15(5)).

Eeltoodule lisaks on oluline arvestada, et Euroopa Kohtu poolt *Kadzoevi* lahendis antud suunis ei tähenda siiski kohustust hoida isikut kinnipidamisasutuses kuni maksimaalse võimaliku

⁸² Väljasaatmismenetlus võib iseenesest kesta ka kauem. Ent kui väljasaatmist ei ole võimalik läbi viia määratud tähtaegade vältel, ei ole välismaalast võimalik kinni pidada. EKo C-357/09, *Kadzoev*, p 67.

tähtaja saabumiseni. Vastupidi, perspektiivikuse hindamisel tuleb välismaalase eduka väljasaatmise tõenäosusele anda hinnang võimalikult vara, kuivõrd isiku vabaduse piiramine on väga intensiivne põhiõiguste riive. Tallinna Ringkonnakohus on leidnud, et pelk teoreetiline ja ebatõenäoline võimalus, et vaatamata menetluse senisele käigule ja tehtud prognoosile väljasaatmist võimaldavad dokumendid siiski kohale saabuvad ja konvoeerimine sihtriiki õnnestub, ei ole piisav, et õigustada isiku edasist kinnipidamist.⁸³ Tasub märkida, et Tallinna Ringkonnakohus rahuldab viidatud määruses välismaalase esitatud määruskaebuse Tallinna Halduskohtu määruse tühistamiseks ning kohustas vabastama välismaalase kinnipidamiskeskusest viivitamatult, sõltumata asjaolust, et maksimaalne 18-kuuline tähtaeg välismaalase kinnipidamiseks ei olnud veel saanud.⁸⁴ Samuti väärib esiletoomist see, et välismaalast kohustati vabastama sõltumata sellest, et välismaalane oli väljasaatmismenetluse käigus esitanud valeandmeid, s.o rikkunud oluliselt kaasaaitamiskohustust. Kõnealuses asjas tingis välismaalase poolt koostöökohustuse rikkumine väljasaatmiseks vajalike dokumentide hankimise viibimise või hoopiski välistas nende hankimise VSS § 25 lg-s 2 sätestatud 18-kuulise tähtaja jooksul. Sõltumata välismaalase senisest tegevusest väljasaatmismenetluses lähtus Tallinna Ringkonnakohus objektiivsetest asjaoludest ega kohaldanud välismaalase suhtes kinnipidamist n-ö karistava meetmena kuni maksimaalse võimaliku tähtajani. Siinkohal tõusetub küsimus, kas ja millisel viisil tuleks välismaalase kinnipidamisel võtta arvesse väljasaatmismenetluse perspektiivikuse hindamisel välismaalase poolt koostöökohustuse rikkumist.

Kõige vastuolulisemaks seisukohaks seoses välismaalase kaasaaitamiskohustuse täitmata jätmisega võib lugeda EIK järeldest *Mikolenko vs. Eesti* lahendis. Ehkki kohus leidis, et EIÕK art 5(1) p f on rikutud tulenevalt Eesti riigi passiivsusest väljasaatmismenetluse läbiviimisel, võttis kohus siiski seisukoha ka väljasaatmismenetluse perspektiivikuse osas.⁸⁵ Kõnealuses kohtuasjas keeldus välismaalane andma nõusolekut väljasaatmiseks vajalike dokumentide taotlemiseks ning täitma väljasaatmismenetluse lõpuleviimiseks vajalikke avaldusi. Täpsemalt keeldus välismaalane täitma taotlust, mida oli tarvis välismaalase reisidokumentide vormistamiseks. EIK asus seisukohale, et kuivõrd välismaalane ei olnud nõus vajalikke dokumente täitma, ei olnud isiku väljasaatmine sel põhjusel enam võimalik.⁸⁶ Selline EIK järeldest annab alust eeldada, et olukorras, kus väljasaatmismenetlus on perspektiivitu tulenevalt

⁸³ TlnRKm 23.03.2016, 3-14-52318 (koopia autori valduses), p 10.

⁸⁴ Kuigi määruse tegemise hetkeks oli tähtaja saabumiseni jäänud 9 päeva.

⁸⁵ EIKo 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*, p 64-68.

⁸⁶ EIKo 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*, p 65.

väljasaadetavast välismaalasest sõltuvast asjaolust (näiteks välismaalane ei anna kirjalikku nõusolekut reisidokumendi taotlemiseks), tuleb isik viivitamatult vabastada. Kohtunik Maruste poolt otsusele tehtud eriarvamuses ning EIK oma hilisemas otsuses asjas *Dolinskiy vs. Eesti* on leidnud siiski, et olukorras, kus väljasaatmismenetluse perspektiivikus sõltub üksnes välismaalasest (konkreetsel juhul tema nõusoleku andmisest), ei ole mõeldav, et vastava nõusoleku andmata jätmisel tuleks lugeda väljasaatmismenetlust perspektiivituks, kuivõrd selline järeldus annaks välismaalastele võimaluse kogu väljasaatmine nurjata.⁸⁷

Kohus rakendas *Dolinskiy vs. Eesti* otsuses varem *Saadi v Ühendkuningriik* otsuses tuletatud hea usu põhimõtet ning leidis, et EIÕK art 5(1) p f rakendamisel artikli rikkumist Dolinskiy kaebuse aluseks olevates asjaoludes ei esine. Samas oli kohus lähtunud *Saadi v Ühendkuningriigid* otsuses formuleeritud hea usu põhimõttest ka *Mikolenko vs. Eesti* otsuses, ent tõenäoline etteheide Eestile võis tuleneda asjaolust, et kohtumaterjalidest lähtuvalt ei teinud Eesti riik Mikolenko väljasaatmismenetluse läbiviimiseks 2004. aasta augustist kuni 2006. aasta märtsini ühtegi toimingut. Selles osas on EIK seisukoht asjakohane, kuna *ca* poolteist aastat riigi tegevusetust ei saa mitte mingil juhul pidada nõuetekohase hoolsusega väljasaatmismenetluse läbiviimiseks. EIK tuvastas EIÕK artikli 5(1) f rikkumise samuti ka väljasaatmise perspektiivituse tõttu, tulenevalt välismaalase nõusoleku puudumisest. Siiski hilisemas lahendis ei ole EIK samale järeldusele enam jõudnud, mistõttu välismaalase käitumist väljasaatmismenetluse läbiviimisel ei saa väljasaatmise perspektiivikuse hindamisel arvesse võtta.

Siinkohal tasub märkida, et erinevalt viidatud vastuolust EIK otsuses *Mikolenko vs. Eesti*, on sellesisuline kontseptsioon, mis annaks välismaalasele automaatse võimaluse väljasaatmismenetluse nurjamiseks, naasmisdirektiiviga olulises osas välistatud. Naasmisdirektiivi regulatsioon näeb ette eraldi alusena isiku kinnipidamiseks sellisteks puhkudeks, kui välismaalane keeldub koostöö tegemisest.⁸⁸ Sellist lähenemist kohaldatai juba enne naasmisdirektiivi vastuvõtmist ka Eesti kohtupraktikas. Nimelt on Riigikohus selgelt eristanud väljasaatmismenetluse perspektiivikuse hindamisel vastuvõtvast riigist ning välismaalasest tulenevaid asjaolusid, jõudes järeldusele, et isiku enda soovist jääda Eestisse ei ole võimalik perspektiivikuse hindamisel lähtuda. Vastupidine seisukoht ei oleks kooskõlas väljasaatmise kui õigusinstituudi olemusega.⁸⁹ Kuivõrd naasmisdirektiivi kontseptsioon

⁸⁷ EIKo 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*, kohtunik Maruste eriarvamus; EIKo 14160/08, *Dolinskiy vs. Eesti*.

⁸⁸ vt naasmisdirektiivi art 15 (1) ja (6).

⁸⁹ RKHKo 3-3-1-45-06, p 12.

väljastab EIK lahendis *Mikolenko vs. Eesti* antud tõlgenduse ning ei võimalda arvestada väljasaatmise perspektiivikuse hindamisel välismaalase koostöö puudumisega (v.a tähtaegade määratlemise osas), tuleks seega lähtuda pigem EIK hilisemast seisukohast lahendis *Dolinskiy vs. Eesti*.

Samas, võttes arvesse *Kadzoevi* lahendist tulenevaid perspektiivikuse hindamise tähtaegasid (mille aluseks on naasmisdirektiivi artikkel 15 lõiked 5 ja 6), võib välismaalastele jääda siiski võimalus, kuidas koostöö tegemisest keeldumise kaudu lühendada maksimaalset kinnipidamise tähtaega. Kuna naasmisdirektiiv näeb ette välismaalaste kinnipidamiseks imperatiivsed tähtajad ning tulenevalt *Kadzoevi* lahendist on väljasaatmine mõistlik, kui see on võimalik lõpuni viia naasmisdirektiivi artikli 15 lõigetes 5 ja 6 ettenähtud tähtaegade piires,⁹⁰ võib välismaalase väljasaatmise reaalne perspektiivitus saabuda tulenevalt välismaalasega koostöö puudumisest oluliselt varem, kui direktiivis sätestatud maksimaalsed tähtajad lubaksid välismaalast kinni pidada. Teisiti öeldes, välismaalane võib põhjustada koostöökohustuse rikkumisega sellise olukorra, kus välismaalast ei oleks võimalik naasmisdirektiivis sätestatud tähtaja jooksul välja saata isegi siis, kui välismaalane asuks konkreetsest ajahetkest tegema pädeva asutusega koostööd maksimaalses ulatuses. Seda põhjusel, kuna nii dokumentide hankimine kui ka välismaalase tagasisaatmise organiseerimine võtab teatud aja ning kui välismaalane hakkab pädeva asutusega tegema koostööd liiga hilja, ei pruugi välismaalase väljasaatmine olla *Kadzoevi* lahendi valguses perspektiivikas direktiivis sätestatud tähtaja sees, s.o 18 kuu jooksul.

Kuna välismaalase koostöö kohustuse rikkumist ei saa perspektiivikuse hindamisel täielikult arvesse võtta (v.a naasmisdirektiivi art 15(6) - perspektiivikuse hindamise aja määramisel), on mõistlik, et perspektiivikust hinnatakse meetodil „kui välismaalane hakkaks tegema koostööd, siis oleks tema väljasaatmine perspektiivikas“. Seejuures tuleks perspektiivikuse hindamisel arvestada vältimatu ajakuluga, mis oleks välismaalase väljasaatmise täideviimiseks vajalik, alates hetkest, kui välismaalane hakkaks tegema väljasaatmismenetluses koostööd. Juhul kui selline vältimatu ajakulu ületab aja, mis on välismaalase kinnipidamisel veel jäänud kuni maksimaalse tähtaja saabumiseni, tuleks väljasaatmismenetluse läbiviimine lugeda kinnipidamise õiguspärasuse hindamisel perspektiivituks ning välismaalane viivitamatult vabastada.⁹¹ Tegemist on lahendusega, mida kohaldas eelnevalt viidatud lahendis ka Tallinna Ringkonnakohus. Sarnasele seisukohale on asunud ka riigikohtunikud Tõnu Anton ja Indrek

⁹⁰ EKo C-357/09, *Kadzoev*, imperatiivsete tähtaegade kohta vt p 68-71.

⁹¹ EKo C-357/09, *Kadzoev*, p 63.

Koolmeister oma eriarvamuses Riigikohtu halduskolleegiumi otsusele asjas nr 3-3-1-84-11.⁹² Jättes välismaalase senise koostööga seotud asjaolud tähelepanuta, hindas Tallinna Ringkonnakohus väljasaatmise perspektiivikust lähtudes konkreetsest objektiivsest olukorrast ning kuivõrd välismaalase väljasaatmist ei olnud võimalik korraldada VSS § 25 lg-s 2 sätestatud tähtaja piires, asus kohus seisukohale, et välismaalase väljasaatmine on perspektiivitu ning välismaalane tuleb viivitamatult vabastada.⁹³

Eelkirjeldatud olukorrale esitatud perspektiivikuse hindamise lahendus riivab kahtlemata intensiivselt riigi suveräänsust ning sellest tulenevat avalikku huvi migratsiooni kontrollimisel. Riigi tugevaks vastuargumendiks võib lugeda ka naasmisdirektiivi artikli 15(6) p-ga a ettenähtud võimalust välismaalase kinnipidamiseks kuni 18-ks kuuks, kui välismaalase väljasaatmise viibimise põhjuseks on välismaalase koostöö puudumine. Samas ei saa olla kahtlust selles, et naasmisdirektiivi artikli 15(6) p-i a on üldise võimalik kohaldada vaid juhtumitel, kui välismaalase kinnipidamiseks on täidetud kinnipidamise üldised alused (vt käesoleva töö p 2.1.4).⁹⁴ Kuivõrd välismaalase kinnipidamise ühe üldise eelduse kohaselt peab välismaalase väljasaatmine olema perspektiivikas direktiivis sätestatud tähtaegade jooksul, siis sõltumata välismaalase koostöökohustuse täitmisest ei oleks välismaalase jätkuv kinnipidamine enam kooskõlas esialgse välismaalase kinnipidamise eesmärgiga. Sellises olukorras välismaalase kinnipidamine kuni 18 kuu täitumiseni oleks pigem karistava iseloomuga, mis kinnipidamise maksimaalse tähtaja lõppfaasis ei täidaks välismaalase kinnipidamise eesmärki, s.o tagada isiku väljasõidukohustuse täitmist.

Siinkohal on oluline märkida, et pakutud lahendus ei sea ebavõrdsemasse olukorda neid isikuid, kes on kinnipidamiskeskuses üle kuuekuulise tähtaja tulenevalt dokumentide hankimise viibimisest kolmandast riigist, rääkimata isikutest, kes teevad väljasaatmismenetluses koostööd. Esiteks, üle kuue kuu isiku kinnipidamine eeldab lisaks naasmisdirektiivi artiklis 15(6) toodud põhjustele ka artiklis 15(1) toodud aluste esinemist.⁹⁵ Elik selleks peab esinema kas põgenemise oht või välismaalane peab hoiduma koostöö tegemisest. Juhul kui välismaalane ei ole põgenemisohtlik ning teeb pädeva asutusega koostööd, siis ta tuleb vabastada enne kuue kuu möödumist. Kui aga välismaalane on põgenemisohtlik ning tema kinnipidamine on jätkuvalt põhjendatud dokumentide hankimise viibimise tõttu, siis tuleks väljasaatmise

⁹² Riigikohtunike Tõnu Antoni ja Indrek Koolmeisteri eriarvamus Riigikohtu halduskolleegiumi otsusele asjas nr 3-3-1-84-11, p 9.

⁹³ TlnRKm 23.03.2016, 3-14-52318 (koopia autori valduses), p 10.

⁹⁴ EKo C-146/14, *Mahdi*, p 61, 69 jj.

⁹⁵ EKo C-146/14, *Mahdi*, p 61, 69 jj.

perspektiivikuse hindamisel lähtuda eespool konstrueeritud põhimõttest dokumentide viibimise kontekstis. Dokumentide viibimise korral oleks väljasaatmist seejuures mõistlik lugeda perspektiivikaks põhimõttel „kui dokumendid saabuksid, oleks välismaalase väljasaatmine perspektiivikas“.

Väljasaatmise perspektiivikuse hindamisel on aga teisigi aluseid, mida tuleb tingimata arvesse võtta välismaalase kinnipidamise õiguspärasuse hindamisel. Näiteks ei ole väljasaatmismenetlust loetud perspektiivikaks, kui isikule ei ole võimalik hankida väljasaatmiseks vajalikke dokumente vastuvõtvast riigist tulenevatel põhjustel.⁹⁶ Samas kuivõrd viidatud lahendis leidsid Šveitsi võimud ise, et dokumentide puudumise tõttu ei ole võimalik menetlust läbi viia ning vabastasid isiku, ei ole siiski pelgalt dokumentide puudumisel võimalik automaatselt lugeda väljasaatmismenetlust perspektiivituks. Lahendis *Raza vs. Bulgaaria* leidis EIK, et kuigi isikul puudusid dokumendid ning potentsiaalse vastuvõtva riigiga ei olnud saavutatud ühtegi kontakti, siis EIÕK artikli 5(1) f rikkumist EIK selle tõttu ei tuvastanud ehk väljasaatmismenetlus ei muutunud seetõttu perspektiivituks. EIK tuvastas viidatud sätte rikkumise tulenevalt asjaolust, et Bulgaaria riik ei olnud piisavalt aktiivne ega proovinud piisavalt intensiivselt luua vastuvõtva riigiga ühendust.⁹⁷ Iseenesest võib dokumentide hankimine osutuda vältimatuks osaks väljasaatmismenetluses, kuid dokumentide puudumine ei saa tähendada automaatset väljasaatmismenetluse eduka läbiviimise võimatust.⁹⁸ Samas, kuivõrd isikut ei pruugi olla võimalik ilma väljasaatmise dokumentideta tagasi saata, tuleb teatud aja möödudes dokumentide hankimise võimatust siiski arvestada väljasaatmise perspektiivituks lugemisel, kui dokumente ei ole võimalik hankida naasmisdirektiivi artikli 15 lõigetes 5 või 6 sätestatud tähtaegade jooksul.

Seoses väljasaatmismenetluse perspektiivitusega on Eesti kohtupraktikas leitud, et väljasaatmise võimatuse üheks juhtumiks on vastuvõtva riigi puudumine.⁹⁹ Vastavas kohtuasjas oli välismaalane endisest NSVL liiduvabariigist pärit isik, kellel polnud kodakondsust. Kohus märkis, et vastuvõtva riigi tuvastamisel tuleb uurida isiku sidemeid konkreetsete riikidega. Kohus leidis, et pelgalt etniliste tunnuse ja lähisugulaste olemasoluga konkreetsetes riigis ei saa põhjendada seisukohta, et nimetatud riik võib määratlemata kodakondsusega isiku jaoks olla vastuvõtvaks riigiks. Konkreetsetes lahendis andis Riigikohus lisaks ka suunise, et välismaalase

⁹⁶ Siinkohal ei peeta silmas välismaalase koostöökohustuse rikkumist. Vt EIKo 24881/94, *Ali vs. Šveits*, p 12, 16.

⁹⁷ EIKo 31465/08, *Raza vs. Bulgaaria*, p 73-75.

⁹⁸ Kehtiva reisidokumendi puudumise korral on võimalik välja anda Euroopa Liidu ühtse reisidokumendi välismaalase väljasaatmiseks, vt VSS § 20¹ lg 1.

⁹⁹ RKHKo 3-3-1-45-06, p 12.

väljasaatmismenetluse perspektiivikuse hindamisel tuleb arvestada ka konkreetsetesse riiki väljasaatmise senist praktikat. Kohus leidis, et kui varem ei ole Eestist õnnestunud mõnda riiki vastavast riigist sõltuvatel põhjustel isikuid välja saata või kui seda on õnnestunud teha haruharva, siis tuleb väljasaatmine sellesse riiki lugeda väheperspektiivikaks. Sellest johtuvalt leidis kohus ka, et kui väljasaatmine on vastuvõtva riigi osas väheperspektiivikas, ei ole välismaalase kinnipidamine sellesse riiki väljasaatmise eesmärgil õigustatud.¹⁰⁰ Sarnasele järeldusele, ent pisut teises kontekstis, on jõudnud ka Euroopa Kohus *Kadzoevi* lahendis. Euroopa Kohus leidis, et väljasaatmine ei ole naasmisdirektiivi artikli 15(4) tähenduses mõistlik, kui on ebatõenäoline, et asjassepuutuv isik võetaks vastu kolmandasse riiki.¹⁰¹

Seega kui vastuvõtva riigi osas on olemas väljasaatmise praktika, mille kohaselt vastuvõtvast riigist tulenevatel põhjustel ei ole väljasaatmisi seni õnnestunud edukalt läbi viia, tuleb asuda seisukohale, et sellistesse vastuvõtvotesse riikidesse välismaalaste väljasaatmine ei ole perspektiivikas. *Kadzoevi* lahendis ei jõudnud aga kohus sellisele järeldusele tulenevalt Bulgaaria asjakohasest praktikast vastuvõtva riigiga, vaid konkreetsete asjaolude pinnalt. Venemaa Föderatsioon ei tunnistanud välismaalast enda kodanikuna, samuti ei saanud Bulgaaria ühtegi positiivset vastust teistelt riikidelt, kellele oli Bulgaaria esitanud vastavasisulise taotluse välismaalase vastuvõtmiseks. Konkreetsetest asjaoludest järeldas kohus, et kuivõrd ükski kolmas asjassepuutuv riik ei soostunud isikut vastu võtma, ei saa välismaalase suhtes läbiviidavat väljasaatmismenetlust pidada perspektiivikaks.

Riigikohtu praktika kohaselt viitab väljasaatmise perspektiivitusele, sh kolmanda asjasse puutuva riigi soovimatusele võtta välismaalane vastu, veel näiteks see, kui kolmanda riigi pädev asutus ei ole väljasaatmismenetlust läbiviiva riigi taotlusele pikka aega reageerinud.¹⁰² Samas esitatud Riigikohtu seisukohta tuleb ajaliste kriteeriumide valguses tõlgendada kooskõlas naasmisdirektiivist tulenevate tähtaegadega. Samuti puudub vastuvõttev riik ka siis, kui isikul ei õnnestu mõistlikke samme astudes saada teises riigis viibimisalust.¹⁰³ Seejuures isikult ei saa oodata, et ta prooviks kontakteeruda viibimisaluse saamise eesmärgil riikidega, millega tal puudub igasugune puutumus.¹⁰⁴ Samas on Riigikohus leidnud, et üksnes välismaalase

¹⁰⁰ Riigikohus kasutas sõnastust „väheperspektiivikas“. VSS § 15 lg 4 või nt § 14 lg 3 p 2 kohaselt tuleks kasutada terminit „perspektiivitu“ või „võimatu“, vt RKHKo 3-3-1-45-06, p 17.

¹⁰¹ EKo C-357/09, *Kadzoev*, p 63-67.

¹⁰² RKHKo 3-3-1-45-06, p 16.

¹⁰³ RKHKo 3-3-1-84-11, p 29.

¹⁰⁴ TlnHKo 3-07-2547, p 15.

kodakondsuse puudumine ei ole iseseisvaks aluseks, et pidada väljasaatmismenetlust perspektiivituks.¹⁰⁵

Väljasaatmismenetluse perspektiivikuse hindamisel on võimalik arvesse võtta ka tõenäolist õigusliku olukorra muutumist. Näiteks on EIK leidnud, et tulevikus tõenäoline rahvusvahelise kokkuleppe sõlmimine, mille kohaselt võib isiku väljasaatmine olla edukas, on selliseks asjaoluks, mis annab võimaluse pidada väljasaatmismenetlust perspektiivseks.¹⁰⁶ Tulevikus sõlmitavate kokkulepete arvestamist väljasaatmismenetluse perspektiivikuse hindamisel on pidanud õigustatuks ka Riigikohus.¹⁰⁷

Mõnevõrra küsimusi tekitab on aga Riigikohtu käsitus väljasaatmismenetluse perspektiivikuse hindamisel välismaalase perekonna elu puutumatusel riivamise osas. Riigikohtu halduskolleegiumi asjas nr 3-3-1-45-06 oli kassaatori üheks väiteks väljasaatmise võimatuse osas see, et isik oli elanud Eestis pikemat aega perekonnaelu.¹⁰⁸ Perekonnaelu puutumatusel kaalutlustel oli esitatud vastuväide ka haldusasjas nr 3-3-1-84-11.¹⁰⁹ Ehkki konkreetsetes lahendites ei olnud välismaalased suutnud ära näidata või tõendada sedavõrd tihedat seost perekonnaga või piisavalt intensiivset riivet isiku perekonnaelu puutumatusel, andis sellegipoolest Riigikohus mõista, et väljasaatmismenetluse perspektiivikus võib sõltuda väljasaatmise riive intensiivsusest välismaalase perekonnaelu puutumatusel. Asumata analüüsima kohtute põhjendusi välismaalaste väidete osas, jääb Riigikohtu otsuse pinnalt arusaamatuks kaudne järeldus, et väljasaatmismenetlus võib erandlikel juhtudel olla välistatud tulenevalt liiga intensiivsest riivist isiku perekonnaelu puutumatusel. Arusaamatu on see põhjusel, kuivõrd perekonnaelu puutumatusel seotud kaalutlusi peaks haldusorgan arvesse võtma väljasaatmismenetlusele eelnevates menetlustes, näiteks lahkumisettekirjutuse tegemisel või elamisloa andmisest keeldumisel.

Naasmisdirektiivi kohaselt on riikidel kohustus võtta direktiivi kohaldamisel nõuetekohaselt arvesse perekonnaelu (artikkel 5 p b). Järgnevates sätetes direktiiv täpsustab perekonnaelu arvestamisega seonduvat vabatahtliku lahkumise (artikkel 7 (2)), saatjata alaealise tagasisaatmise (artikkel 10 (2)), tagasisaatmiseni antavate tagatiste (artikkel 14 (1) p a) ning

¹⁰⁵ RKHKo 3-3-1-45-06, p 17.

¹⁰⁶ Lõppastmes ei olnud küll sellele argumendile tuginemine õigustatud, kuivõrd vastav rahvusvaheline kokkulepe jõustus ca 3 aastat ja 7 kuud pärast välismaalase esmakordset paigutamist kinnipidamisasutusse. Vt täpsemalt: EIKo 10664/06, *Mikolenko vs. Eesti*, p 66.

¹⁰⁷ RKHko 3-3-1-96-07, p 18, 20.

¹⁰⁸ RKHKo 3-3-1-45-06, p 24.

¹⁰⁹ RKHKo 3-3-1-84-11, p 53.

kinnipidamisel majutamise (artikkel 17 (2)) kontekstis. Direktiiv ei ole kohustanud riike arvestama välismaalase perekonnaeluga väljasaatmismenetluse perspektiivikuse hindamisel.

Ka VSS on oma ülesehituselt jätnud perekonnaeluga arvestamise olemuslikult üksnes väljasaatmismenetluse lõpule viivatesse faasidesse. Välismaalase õigused seoses perekonnaeluga Eestis on tulenevalt VSS-ist seotud pigem väljasaatmismenetluse n-ö leebemas vormis läbiviimisega, võimaldades näiteks pikendada lahkumisettekirjutuse vabatahtlikku täitmist 30 päeva võrra (VSS § 7³ lg 5 p 3), paigutada väljasaadetavad perekonnaliikmed nende kinnipidamisel kokku (VSS § 19 lg 1² p 3; § 26⁵ lg 3) või näiteks arvestada sissesõidukeelu kohaldamisel välismaalase perekonnaliikmetega (VSS § 29 lg 3; § 31 lg 3 p 5). VSS ei sisalda regulatsiooni, mis võimaldaks pidada väljasaatmismenetlust perspektiivituks tulenevalt liiga intensiivsest riivist isiku perekonnaelule. Vastupidi, VSS ülesandeks on tagada viibimisalusetate isikute väljasaatmine riigist, andes samas võimaluse kohaldada VSS eesmärkide tagamiseks kasutatavaid meetmeid leebemalt, kui teiste välismaalaste puhul, kelle õigust perekonnaelu puutumatusel Eestis ei riivata.

Tasub siiski silmas pida, et naasmisdirektiivi artiklis 15(4) toodud väljasaatmise läbiviimise võimatuse hindamiseks on sätestatud avatud loetelu, mis hõlmab õiguslikke või muid kaalutlusi. Samuti, naasmisdirektiiv ei kohusta riike välismaalasi tingimata alati välja saatma. Riigikohus on seejuures välismaalaste kinnipidamise üle otsustamisel kohaldanud põhiseadusest tulenevaid üksikisikute tagatise, hinnates kinnipidamise proportsionaalsust välismaalase perekonnaelu puutumatusel suhtes.¹¹⁰ Eeltoodust tulenevalt on mõistlik järeldada, et välistatud perekonnaelu puutumatusel arvestamine on võimalik ning kohane ka väljasaatmismenetluse läbiviimisel.

Perekonnaelu puutumatusel arvestamist pidas Riigikohus võimalikuks ka hiljuti tehtud määruses, milles Riigikohus jättis jõusse esialgse õiguskaitse määruse, millega oli peatatud lahkumisettekirjutuse täitmine.¹¹¹ Ehkki Riigikohus käsitles vähesel määral välismaalase perekonnaelu puutumatusel ning selle kaalukust, analüüsis kohus seda siiski esialgse õiguskaitse aspektist ega saanudki anda ühtegi vastust seoses väljasaatmismenetluse perspektiivikusega perekonnaelu puutumatusel tulenevatel kaalutlustel. Tasub siiski märkida, et Riigikohus käsitles erinevaid perspektiive, milliseid otsuseid oli riigil võimalik vastu võtta enne lahkumisettekirjutuse tegemist, kaaludes ühe võimaliku variandina seadustamisettekirjutuse tegemist. Vastavad kaalutlused on aga seotud üksnes lahkumisettekirjutuse vaidlustamise (s.o

¹¹⁰ RKHKo 3-3-1-45-06, p 13.

¹¹¹ RKHKm 3-3-1-11-16.

tühistamiskaebuse), mitte välismaalase suhtes kehtiva lahkumisettekirjutuse puhul väljasaatmise perspektiivikusega.

Tulenevalt naasmisdirektiivi artiklist 6(4) võivad liikmesriigid otsustada väljastada ebaseaduslikult riigis viibivale välismaalasele kaastundlikel, humanitaar- või muudel põhjustel sõltumatu elamisloa või muu loa riigis viibida. Alates 01.05.2016. a kehtivas välismaalaste seaduse redaktsioonis on selline võimalus ette nähtud ning seadus lubab PPA peadirektoril anda välismaalasele erakorralistel asjaoludel tähtajalise elamisloa (VMS § 210³ lg 1). Sellise elamisloa võib anda ka näiteks juhul, kui väljasaatmismenetluse läbiviimise käigus ilmneb välismaalase väljasõidukohustuse täitmiseks sundimise liigne intensiivsus välismaalase põhiõiguste suhtes. Välismaalasel on selliste asjaolude olemasolul kohustus kõik sellised asjaolud esile tuua, ent välismaalasel puudub samas subjektiivne õigus VMS § 210³ lg-s 1 sätestatud elamisloa taotlemiseks.¹¹² Sellest tulenevalt on sellise elamisloa väljastamise abstraktne võimalus väljasaatmismenetluse perspektiivikuse seisukohalt küsitava väärtusega. Kuivõrd välismaalasel puudub subjektiivne õigus taotleda VMS § 210³ lg 1 alusel elamisluba humaansetel kaalutlustel, olen seisukohal, et vastava elamisloa andmist õigustavate asjaolude esitamine pädevale asutusele ei saa olla olemuslikult selliseks asjaoluks, mis võiks muuta välismaalase väljasaatmise perspektiivituks. Seega ei saaks selliste asjaolude ilmumine ega alates 01.05.2016. a jõustunud elamisloa alus olla automaatseks aluseks väljasaatmismenetluse perspektiivituks pidamisel.

Käesoleval ajal on Tallinna Ringkonnakohtu menetluses haldusasi nr 3-14-53279, milles isik on vaidlustanud lahkumisettekirjutuse eelkõige perekonnaelu puutumatusel kaalutlustel. Kaebaja oli sündinud Valgevenes, tal on Venemaa kodakondsus, kuid ta asus Eestisse elama juba 4-aastaselt. Eestis elatud aja jooksul on kaebajat mitmel korral kriminaalkorras karistatud ning sellest tulenevalt on Eesti riik keeldunud isiku tähtajalise elamisloa pikendamisest. Vaidlus elamisloa pikendamisest keeldumise osas on lõppenud ning isikule tehti lahkumisettekirjutus. Kaebaja vaidlustas lahkumisettekirjutuse, tuginedes kokkuvõtvalt väidetele, et ettekirjutus on isiku suhtes ebaproportsionaalne ning rikub kaebaja õigust elada perekonnaelu.¹¹³ Tallinna Halduskohus jättis kaebuse rahuldamata, pidades lahkumisettekirjutuse üle peetavat vaidlust perspektiivituks, kuivõrd kaebajale keelduti tähtajalise elamisloa pikendamisest. Tasub

¹¹² Seletuskiri välismaalasele rahvusvahelise kaitse andmise seaduse ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu teiseks lugemiseks (81 SE II). – <http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/8911e1fc-ee9d-46eb-bc45-7eddc8be0144/V%C3%A4lismaalasele%20rahvusvahelise%20kaitse%20andmise%20seaduse%20ja%20sellega%20seonduvalt%20teiste%20seaduste%20muutmise%20seadus/> (viimati vaadatud 02.05.2016), lk 21.

¹¹³ RKHKm 3-3-1-11-16, p 1-4.

märkida, et seni kujunenud praktika kohaselt ei tule lahkumisettekirjutuse tegemisel kontrollida perekonnaelu puutumatuse riivet, kui see on juba toimunud mõnes varasema menetluse etapis. Üldpõhimõttena kehtib see, et kui välismaalasele on jõustunud haldusaktiga otsustatud viibimisaluse andmisest või pikendamisest keelduda, ei saa lahkumisettekirjutuse vaidlustamisel enam tugineda sellele, et isiku õigusi rikub viibimisaluse puudumisest tulenev kohustus Eestist lahkuda.¹¹⁴ VSS § 7 lg-st 1 tuleneb riigile kohustus teha viibimisaluseta Eestis viibivale välismaalasele lahkumisettekirjutus ning tegemist on imperatiivselt sõnastatud sättega, mis ei peaks võimaldama haldusorganil teostada kaalutlusõigust. Siiski on Tallinna Ringkonnakohus asunud seisukohale, et lahkumisettekirjutuse tegemisel võib haldusorganil olla kaalutlusõigus juhul, kui eelnevalt ei ole isiku perekonnaõiguse puutumatuse riivet kontrollitud.¹¹⁵ Viimast on kinnitanud ka Riigikohus, leides, et kui perekonnaelu puutumatuse võimalik rikkumine kuulus lahendamisele elamisloa andmise küsimuse lahendamisel, ei ole seda võimalik hinnata ega arvestada lahkumisettekirjutuse tegemisel.¹¹⁶ Seega juhul, kui isikule tehakse lahkumisettekirjutus ning sellele eelnenud menetluses ei olnud võimalik kontrollida perekonnaelu puutumatuse riivet või kui sellist menetlust ei eelnenud, tuleks perekonnaelu puutumatuse riivet tulenevalt Riigikohtu seisukohast kontrollida lahkumisettekirjutuse tegemisel.

Esitatud Riigikohtu seisukohtade valguses tuleb siiski möönda, et perekonnaelu puutumatusest tulenevate kaalutluste arvestamine väljasaatmismenetluse läbiviimisel ei pruugi olla erandlikel juhtudel välistatud, kuid seda üksnes juhul, kui riik ei ole üheski varasemas menetluses saanud vastavaid asjaolusid arvesse võtta või kui pärast lahkumisettekirjutuse tegemist on välismaalase perekonnaelu esemeks olevad asjaolud oluliselt muutunud.¹¹⁷ Vastupidisel juhul asuks haldusorgan sisuliselt ümber hindama juba jõustunud haldusakte ning välismaalase väljasaatmisel või kinnipidamisel, oleks juba tuvastatud asjaolude igakordne hindamine liiga koormav ning põhjendamatu.¹¹⁸ Samas on menetluslikult ikkagi küsitav, kas riigis viibimiseks materiaalse aluse olemasolu või selle ilmnemine menetluse kestel, kui isik ei ole oma riigis viibimise seadustamist ise taotlenud, saab lugeda väljasaatmismenetluse täideviimise

¹¹⁴ L. Kanger. Ebaseadusliku riigis viibimise lõpetamine. Väljastamine: Kohtupraktika analüüs. Riigikohus. Õigusteabeosakond. Tartu 20.04.2008 (edaspidi Kanger). – http://www.riigikohus.ee/vfs/725/Analyyys%20Valjasaatmine%20%28L_Kanger%29.pdf (viimati vaadatud 02.05.2016), lk 16.

¹¹⁵ TlnRKO 14.12.2006, 3-05-176, p 9

¹¹⁶ RKHKO 3-3-1-2-07, p 18.

¹¹⁷ TlnRK 14.12.2006, 3-05-176, p 10; Kanger. lk 18 (viide avalikult mittekättesaadavale lahendile TlnRK 3-06-559, p 14).

¹¹⁸ Kanger. lk 16.

võimatuseks. Pigem on õige asuda seisukohale, et riigis viibimiseks materiaalse aluse olemasolul või selle ilmnemisel väljasaatmismenetluse käigus tuleb isikul esitada taotlus vastava menetluse läbiviimiseks ning olles eelnevalt esitanud kaebuse ettekirjutuse tühistamiseks (või vaide nõudega tunnistada lahkumisettekirjutus kehtetuks), taotleda kohtult esialgse õiguskaitse korras ettekirjutuse täitmise peatamist¹¹⁹ või lahkumisettekirjutuse vaidlustamise kaebetähtaja möödumisel taotleda haldusorganilt väljasaatmismenetluse läbiviimise peatamist, esitades samaaegselt taotluse välismaalasele viibimisaluse andmiseks.¹²⁰ Seejuures olukorras, kui isikule on lahkumisettekirjutus tehtud ning välismaalase perekonnaelu puudutavad asjaolud ei ole oluliselt muutunud, ei ole välismaalase kinnipidamisel väljasaatmise perspektiivikuse hindamisel perekonnaelu puutumatuse kaalutlused kohaldatavad.

¹¹⁹ Riigikohus on pidanud perekonnaelu puutumatuse kaitseks väljasaatmismenetluse peatamist kuni lahkumisettekirjutust puudutava kohtumenetluse ajaks põhjendatuks, vt RKHKm 3-3-1-11-16, p 19.

¹²⁰ Kuigi haldusmenetluse üldregulatsioon ega VSS ei näe ette võimalust haldusorgani poolt väljasaatmismenetluse peatamist, on menetluse peatamine kooskõlas haldusmenetluse üldpõhimõtetega olukorras, kus menetluse jätkamine tooks kaasa asja ebaõige otsustamise. Vt RKHko 3-3-1-56-08, p 20.

2. VÄLISMAALASEST TULENEVAD ASJAOLUD, MIS TINGIVAD TEMA KINNIPIDAMISE

Välismaalase kinnipidamiseks väljasaatmismenetluses ei piisa üksnes välismaalase ebaseadusliku riigis viibimise tuvastamisest ning väljasaatmismenetluse algatamisest.¹²¹ Välismaalase kinnipidamiseks peab nii rahvusvahelise kui ka Euroopa Liidu õiguse kohaselt olema selleks täiendav konkreetset olukorda puudutav alus.¹²² Siinkohal tasub siiski märkida, et erinevatel rahvusvahelistel institutsioonidel on tulenevalt nende poolt kohaldatavast kitsast reeglistikust täiendavate kriteeriumide kohustuslikkuse käsitlus erinev. Samas ühe konventsiooni leebem käsitlus ei vabasta riike kohustusest täita teistest rahvusvahelistest kokkulepetest või siseriiklikust õigusest tulenevaid kohustusi välismaalaste kinnipidamisel, kui sellistest õigusaktidest tuleneb riigile rohkem kohustusi.

Nimelt EIK praktika kohaselt ei nõua EIÕK artikli 5(1) p f kohaldamine täiendavaid aluseid välismaalase kinnipidamiseks lisaks välismaalase ebaseaduslikule riigis viibimisele.¹²³ EIK on jõudnud sellisele järeldusele tulenevalt EIÕK artiklis 5(1) sätestatud kinnipidamise aluste kitsa tõlgendamise kohustusest.¹²⁴ EIK on seisukohal, et välismaalase kinnipidamine viidatud sätte alusel ei eelda täiendavaid kinnipidamist õigustavaid asjaolusid, nagu näiteks võimalik oht, et isik paneb toime kuriteo või et isiku puhul esineks põgenemise oht. Sellest tulenevalt pakub EIÕK artikkel 5(1) p f isikutele märksa teistsugust, nõrgemate garantiidega kaitset välismaalaste vabaduse piiramise eest, kui näiteks EIÕK artikkel 5(1) p c.¹²⁵ Tasub siiski märkida, et EIK on pidanud kinnipidamise vältimatu vajaduse kontrollimata jätmist juhul, kui selline kohustus tuleneb riigile siseriiklikust õigusest meelevaldseks kinnipidamiseks.¹²⁶ Seejuures tuleb mõnede autorite hinnangul välismaalaste kinnipidamisel järgida ka naasmisdirektiivi artiklist 15(1) tulenevaid täiendavaid nõudeid (vältimatu vajadus, proportsionaalsus jne), et vältida kinnipidamise meelevaldsust EIÕK artikli 5(1) p f mõttes.¹²⁷

¹²¹ Peers, lk 495; ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No. 560/1993, *A vs. Austraalia*. U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997), p 9.4.

¹²² Cornelisse, lk 273.

¹²³ EIKo 22414/93, *Chahal vs. Ühendkuningriik*, p 112; EIKo 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*, p 59; EIKo 3455/05, *A jt vs. Ühendkuningriik*, p 164; vt ka Bryan, lk 213.

¹²⁴ EIKo 54334/00, *Lexa vs. Slovakkia*, p 118-119.

¹²⁵ EIÕK artikli 5(1) c kohaselt võib isikult võtta vabaduse, et tuua isik pädeva õigusasutuse ette põhjendatult kahtlustatuna õigusrikkumises või et põhjendatud vajaduse korral takistada õigusrikkumise toimepanekut või põgenemist pärast seda. Mõlemad viidatud sätte alternatiivid näevad ette põhjendatuse kriteeriumi, mida EIÕK artikkel 5(1) f ei sisalda.

¹²⁶ EIKo 34082/02, *Rusu vs. Austria*, p 48-59.

¹²⁷ Basilien-Gainche, lk 106.

Seega sõltumata EIÕK teistsugusest lähenemisest kinnipidamise õiguspärasuse hindamisel, säilib Eestil igal juhul kohustus kontrollida kinnipidamise täiendavaid isikust tulenevaid aluseid, kuivõrd selline kohustus tuleneb nii naasmisdirektiivi kui ka VSS-i kinnipidamise regulatsioonist.

2.1. Välismaalaste kinnipidamise olustikulised eeldused

Analüüsides käesoleva töö esimeses peatükis välismaalaste kinnipidamise eesmäärke, jõudsin järeldusele, et välismaalaste kinnipidamine võib toimuda üksnes selleks, et tagada välismaalase väljasaatmismenetluse edukas läbiviimine. Samuti ei või välismaalaste õigusest tulenevat kinnipidamist kohaldada välismaalaste suhtes diskrimineerivalt või kuritarvitavalt. Sellest tulenevalt on riigil võimalus välismaalaste kinnipidamisel lähtuda üksnes sellistest asjaoludest, mis võivad mõjutada väljasaatmismenetluse läbiviimist. Ülejäänud alustesse või asjaoludesse, mis ei ole olemuslikult seotud väljasaatmismenetluse läbiviimisega, tuleb suhtuda kriitiliselt. Alljärgnevalt analüüsin välismaalaste kinnipidamise eesmärkidest johtuvaid aluseid välismaalaste kinnipidamiseks, mis tulenevad konkreetsest väljasaatmismenetluse läbiviimise vajadusest ning on tihedalt seotud välismaalase väljasaatmise eduka läbiviimise tagamisega.

Naasmisdirektiivi artiklis 15 on sätestatud muuhulgas olustikulised eeldused välismaalaste kinnipidamiseks. Direktiivi artikli 15(1) kohaselt võib välismaalase suhtes kohaldada kinnipidamist eelkõige juhul kui esineb põgenemise oht või kui välismaalane hoiab kõrvale väljasaatmise ettevalmistamisest või väljasaatmisest või takistab neid (ei tee koostööd). VSS § 15 lg 2 p 3 sisaldab lisaks ülal toodule välismaalase kinnipidamise võimalust ka juhuks, kui välismaalasel puuduvad tagasipöördumiseks vajalikud dokumendid või nende hankimine vastuvõtvast või transiitriigist viibib.

Siinkohal on oluline märkida, et naasmisdirektiivi sõnastus jätab lahtiseks olustikuliste eelduste loetelu välismaalase kinnipidamiseks väljasaatmismenetluses, tuues direktiivis toodud näited avatuna. Direktiiv avab olustikulised eeldused selgitusega „eelkõige kui“, jättes täpsustamata liikmesriikide kaalutluse piirid täiendavate aluste kehtestamisel.¹²⁸ Tulenevalt naasmisdirektiivi sellisest sõnastusest on mõned autorid asunud seisukohale, et direktiiv ei taga olemuslikult välismaalase kinnipidamise erandlikkust, vaid jätab kinnipidamise olustikuliste eelduste loetelu lahtiseks ning riikide otsustada.¹²⁹ Samas, kuivõrd direktiivi sõnastuses puudub

¹²⁸ Ing keeles „*in particular when*“ (vt naasmisdirektiivi art 15(1)).

¹²⁹ Basilién-Gainche, lk 111.

viide siseriiklikule regulatsioonile, on direktiivis ette nähtud lahtist loetelu võimalik sisustada üksnes kooskõlas Euroopa Liidu õiguse põhimõtetega (nt mittediskrimineerimine, proportsionaalsus).¹³⁰ Seega liikmesriikide diskretsioon olustikuliste eelduste sisustamisel ei ole piiritu, ent seda on väga lihtne kuritarvitada, kuivõrd regulatsioon võimaldab liikmesriikidel kasutada varjatult välismaalaste kinnipidamise instituuti, tagades näiteks riigi julgeolekut või avalikku korda laiemalt.

Lubamatuks tuleb aga pidada sellist regulatsiooni, nagu on sätestatud VSS § 15 lg-s 2, mille kohaselt jätab ka siseriiklik õigus välismaalase kinnipidamise aluste loetelu lahtiseks.¹³¹ Kui järgida naasmisdirektiivi artikli 15(1) sõnastust, siis see võimaldab liikmesriikidel sätestada siseriiklikult lisaks direktiivis toodud alustele täiendavaid aluseid välismaalaste kinnipidamiseks, kuid direktiiv ei luba jätta kinnipidamise loetelu siseriiklikus õiguses lahtiseks. Rahvusvahelise õiguse kohaselt peab kinnipidamise alus tulenema seadusest, mis tähendab lisaks sätte olemasolule siseriiklikus õiguses mh ka regulatsiooni kättesaadavust, täpsust, protsessi ja standardite ettenähtavust.¹³² Samuti on Euroopa Kohus leidnud, et välismaalaste kinnipidamist naasmisdirektiivi artikli 15 alusel on rangelt piiritletud,¹³³ mistõttu siseriiklikus õiguses sätestatud lahtine loetelu kinnipidamise kohaldamiseks on vastuolus naasmisdirektiivi artikliga 15(1).

Kirjeldatud vastuolu kõrvaldamiseks tuleks muuta VSS § 15 lg 2 sõnastust, mille tulemusel muutuks kinnipidamise aluste loetelu ammendavaks. Sobiv sõnastus oleks:

„Välismaalast võib kinni pidada, kui käesolevas seaduses sätestatud järelevalvemeetmete kohaldamine ei taga väljasõidukohustuse täitmise tulemuslikkust juhul, kui: /.../“

Analüüsides naasmisdirektiivi artiklist 15(1) tulenevat liikmesriikide õigust Euroopa Komisjoni 2014. aastal välja antud aruandest nähtub, et liikmesriigid on kasutanud direktiivi sõnastuse avatust väga ulatuslikult. Aruande kohaselt on liikmesriikides lisaks põgenemise ohule ning koostöö puudumisele sätestatud välismaalase kinnipidamiseks järgmisi eeldusi:

- 1) vajadus isiku tuvastamiseks;
- 2) oht avalikule korrale ning riigi julgeolekule;
- 3) isik ei ole nõuetekohaselt täitnud alternatiivseid järelevalvemeetmeid;

¹³⁰ Peers, lk 502.

¹³¹ Välismaalast võib kinni pidada /.../ eelkõige juhul, kui /.../.

¹³² Costello (2016), lk 286; EIKo 19776/92, *Amuur vs. Prantsusmaa*, p 10; ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 305/1988, *Alphen vs. Madalmaad*. U.N. Doc. CCPR/C/39/D/305/1988 (1990), p 16-24.

¹³³ EKo C-61/11, *El Dridi*, p 42.

- 4) isik on hävitanud või võltsinud isikut tõendavad dokumendid;
- 5) esineb põhjendatud kahtlus, et välismaalane paneb toime süüteo;
- 6) isik ei ole täitnud lahkumisettekirjutust vabatahtliku lahkumise tähtaja jooksul;
- 7) väljasaatmiseks vajalike dokumentide hankimine viibib;
- 8) viibimiseluse seadustamise taotlus on tunnistatud petturlikuks;
- 9) isikul on soov lahkuda riigist ning siseneda teise riiki ilma seadusliku aluseta.¹³⁴

Mitmete siseriiklike täiendavate aluste õiguspärasus on küsitav, kuna need ei ole seotud ebaseadusliku immigratsiooni haldamise või väljasaatmise menetlusega.¹³⁵ Näiteks, lähtudes välismaalaste kinnipidamise eesmärgist väljasaatmismenetluses, näivad toodud loetelus ilmselgelt vastuolulisena alused, mis on seotud avaliku korra või riikliku julgeoleku tagamisega (sh süütegusid ennetavad alused). Euroopa Kohus on selgelt väljendanud, et avaliku korra ja julgeolekuga seonduvatel põhjustel välismaalase kinnipidamine ei saa rajaneda naasmisdirektiivil.¹³⁶ Hinnates aga teiste kinnipidamisaluste põhjendatust, tuleks eeskätt hinnata, kas kinnipidamise alusena esitatu takistab iseenesest väljasaatmismenetluse läbiviimist või mitte. Nii on näiteks küsitav, kas asjaolud, et välismaalane on varasemalt hävitanud või võltsinud oma isikut tõendavad dokumendid, ta ei ole nõuetekohaselt täitnud leebemate järelevalvemeetmete kohaldamise tingimusi või et tema riigis viibimise aluse saamiseks esitatud taotlus oli petturlik, takistavad objektiivselt väljasaatmismenetluse edukat läbiviimist. Samuti ei ole kahtlust ka selles, et näiteks dokumentide hävitamine või võltsimine kohustab pädevat asutust tegema täiendavaid menetlustoiminguid välismaalase väljasaatmise korraldamisel. Ent siiski, ükski näidetena toodud alustest ei takista eraldiseisvalt väljasaatmismenetluse läbiviimist sellisel määral, et selliseid aluseid võiks lugeda eraldiseisvana piisavaks välismaalase kinnipidamiseks. Tegemist võib olla küll asjaoludega, mis ilmestavad mõnevõrra välismaalase võimalikku suhtumist menetleva riigi rändepoliitikasse või seadusandlusesse, mistõttu ei ole välistatud viidatud asjaoludega arvestamine põgenemise ohu hindamisel. Lisaks ei pruugi olla üksmeelt selles, kas asjaolud, mille esinemine ei ole välismaalase mõjusfääris, saaksid olla olemuslikult käsitletavad alusena välismaalase kinnipidamise üle otsustamisel.¹³⁷ Pigem ei ole sellised alused eesmärgipärased, millest

¹³⁴ European Commission. The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies: Synthesis Report of the EMN Focussed Study 2014 (edaspidi *EMN uuring*), lk 15-18.

¹³⁵ Basilien-Gainche, lk 113.

¹³⁶ EKo C-357/09, *Kadzoev*, p 70; Hailbronner, lk 1542.

¹³⁷ ÜRO Inimõiguste Nõukogu. Meelevaldse kinnipidamise töögrupi aruanne. U.N. Doc. A/HRC/10/21. 16.02.2009, p 82.

tulenevalt on tõenäoline, et näidetes toodud eraldiseisvad kinnipidamise alused ei pruugi olla kooskõlas Euroopa Liidu õiguse üldpõhimõtetega.

Seoses naasmisdirektiivi artiklis 15 sätestatud nõuete ülevõtmisega on Euroopa Komisjon kontrollinud liikmesriikides reeglistiku formaalset kehtestamist ning esitanud kaheksa riigi suhtes ka põhjendatud arvamuse.¹³⁸ Kõigi põhjendatud arvamuse saanud riikide suhtes on menetlus käesolevaks ajaks lõppenud ilma negatiivse tulemuseta. Liikmesriikides kehtestatud reeglite sisu osas on Euroopa Komisjon esitanud Hispaaniale, Itaaliale, Kreekale ja Saksamaale märgukirja siseriikliku õiguse või selle kohaldamise Euroopa Liidu õigusega mittevastavuse kohta.¹³⁹ Kuni aga nimetatud menetlused ei ole lõpuni viidud, paistab, et ainsaks välismaalaste tagatiseks meelevaldse kinnipidamise vastu väljasaatmismenetluses on nõue, mille kohaselt peab kinnipidamise alus tulenema seadusest ega pole ilmselgelt vastuolus Euroopa Liidu õiguse põhimõtetega.¹⁴⁰ Juba ainuüksi ulatuslikest kinnipidamise kohaldamise alustest nähtub, et riigid on tugevalt motiveeritud rakendama välismaalaste õiguses sätestatud vastavat meedet ning seda mitte üksnes väljasaatmismenetluse eduka läbiviimise tagamiseks. Arvukate kinnipidamise aluste sõnastusest tuleneb, et riikidel on tungiv soov pidada välismaalasi naasmisdirektiivi regulatsiooni alusel avaliku korra tagamiseks või välismaalase „karistamiseks“ kuritarvitava käitumise eest mõnes viibimisloa menetluses.

2.1.1. Põgenemise oht

Üheks isikust tulenevast eeldusest välismaalase kinnipidamiseks on välismaalasest tulenev põgenemise oht (naasmisdirektiivi art 15(1) p a; VSS § 15 lg 2 p 1). On ilmne, et väljasaatmismenetluse läbiviimine ilma välismaalase osavõtuta on võimatu, mistõttu on rahvusvahelises õiguses peetud põgenemise ohtu välismaalase kinnipidamise aluseks ka enne naasmisdirektiivi vastuvõtmist.¹⁴¹ Kuivõrd aga põgenemise ohu hindamine toimub tulevikku suunatult, on põgenemise ohu kindlaks tegemine keeruline. Põgenemisohu kindlaksmääramine

¹³⁸ European Commission. An effective and humane return policy: 8 Member States have yet to comply with the Return Directive. – http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1097_en.htm?locale=en (viimati vaadatud 02.05.2016).

¹³⁹ Rikkumised nr 2014/2261 (Hispaania); 2014/2235 (Itaalia); 2014/2231 (Kreeka) ja 2014/2192 (Saksamaa). Rikkumiste sisu ei ole nähtav. – http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/eu-law-and-monitoring/infringements-by-policy-return-policy_en.htm (viimati vaadatud 02.05.2016).

¹⁴⁰ EIKo 19776/92, *Amuur v Prantsusmaa*, p 50; ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 305/1988, *Alphen vs. Madalmaad*. U.N. Doc. CCPR/C/39/D/305/1988 (1990), p 5.8; Peers, lk 502.

¹⁴¹ ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 560/1993, *A vs. Austraalia*. U.N. Doc. CPR/C/50/D/560/1993 (1997), p 9.4.

põhineb prognoosotsusel,¹⁴² mille aluseks saavad seejuures olla üksnes välismaalasega seotud olulised asjaolud (VSS § 15 lg 1). Seega, kuna arvesse saab võtta üksnes konkreetse välismaalasega seotud olulisi asjaolusid, on senine rahvusvahelise kogukonna praktika üldjuhul välistanud n-ö üldiste ja automaatsete põgenemise ohtu kinnitavate asjaolude esinemist. Näiteks ei saa tuletada põgenemise ohtu üksnes isiku rahvusest, kodakondsusest või päritolust,¹⁴³ samuti ei saa välismaalaste kinnipidamine olla põhjendatud tulenevalt riigi tavapärasest kogemusest, et teatud kogukond välismaalasi põgeneb, kui neid ei peeta kinni.¹⁴⁴ Lisaks on näiteks Euroopa Kohus leidnud, et välismaalasel dokumentide puudumine ei ole iseseisvaks aluseks välismaalase kinnipidamiseks, kuid tegemist võib olla ühe asjaoluga, mida võib põgenemise ohu hindamisel arvesse võtta.¹⁴⁵

Naasmisdirektiivi artikkel 3(7) võimaldab määrata liikmesriikidel objektiivsete kriteeriumide alusel need juhud, mil tuleb põgenemise ohtu eeldada.¹⁴⁶ Seejuures direktiiv ei täpsusta, mida võiksid või peaksid riigid pidama põgenemise ohule viitavaks objektiivseks kriteeriumiks. Kuivõrd naasmisdirektiivi koostamisel võeti aluseks 04.05.2005. a Euroopa Nõukogu ministrite komitee poolt vastu võetud „Kakskümmend suunist sunniviisilise tagasisaatmise kohta“,¹⁴⁷ on peetud mõistlikuks põgenemise ohu sisustamisel lähtuda vastavas dokumendis kirjeldatust.¹⁴⁸ Vastavate suuniste kommentaaride kohaselt peab välismaalase kinnipidamiseks esinema täiendavad alused, nagu näiteks juhul kui vabatahtlik väljasõidukohustuse täitmise tähtaeg on möödas ning isik on ilma pädevat asutust teavitamata muutnud oma asukohta, kui isik ei ole täitnud eelnevalt põgenemise ohu maandamiseks määratud järelevalvemeedet või kui isik on varem väljasaatmisest kõrvale hoidunud.¹⁴⁹ Kuigi viidatud suunised ei sisalda täpsemat määratlust põgenemise ohule viitavate objektiivsete kriteeriumide kohta, vaid sätestavad täiendavad alused välismaalaste kinnipidamiseks, ei tohiks sellised kriteeriumid olla üldist laadi

¹⁴² Varjupaigamenetluses kohaldataval kinnipidamisel on Riigikohus hinnanud põgenemise ohu tuvastamist, vt RKHKm 3-3-1-52-14, p 14.

¹⁴³ Peers, lk 502.

¹⁴⁴ Näide varjupaigataotlejate kinnipidamise kontrollist. ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 1324/2004, *Shafiq vs. Austraalia*. U.N. Doc. CCPR/C/99/D/1324/2004 (2006), p 7.3.

¹⁴⁵ EKo C-146/14, *Mahdi*, p 65-74.

¹⁴⁶ „põgenemise oht“ – õigusaktides kehtestatud objektiivsetel kriteeriumitel rajanevate selliste põhjuste olemasolu üksikjuhul, mis annavad alust arvata, et välismaalane, kelle suhtes kohaldatakse väljasaatmismenetlust, võib põgeneda – vt art 3 p 7.

¹⁴⁷ Naasmisdirektiivi preambula p 3.

¹⁴⁸ Hailbronner, lk 1517.

¹⁴⁹ Kakskümmend suunist, p 6 kommentaar.

ega omada preventiivset loomu, vaid peaksid lähtuma erandlikult üksnes isikust endast ning tema käitumisest.¹⁵⁰

Vastav ebamäärasus tekitab märkimisväärse ohu riikidele võimaldatud kaalutlusõiguse kuritarvitamiseks, kuivõrd riikidel on reaalne võimalus sisustada põgenemise ohu objektiivseid kriteeriumeid oma suva alusel, omamata seejuures ühtegi vahetut suunist või piiri, mis tuleneks Euroopa Liidu õigusest.¹⁵¹ Seadmata naasmisdirektiivis selgeid piiranguid, muudab põgenemise ohu määratlemine siseriiklikus õiguses veelgi ohtlikumaks see, et põgenemise ohule viitava objektiivse kriteeriumi täitmist on välismaalase seisukohalt võimalik menetluslikult kohaldada äärmiselt radikaalselt. On seisukohti, et vastava olustikulise objektiivse kriteeriumi esinemisel puudub riigil kohustus rakendada ulatuslikku individuaalsuse põhimõtet.¹⁵² Viimane aga võib tingida sisuliselt automaatsete otsuste tegemise välismaalaste kinnipidamisel. Sellises olukorras on oht, et Euroopa Kohtu juhis, mille kohaselt tuleb igal juhul lähtuda põgenemise ohu hinnangu andmisel konkreetse isiku olukorda eraldi uurides,¹⁵³ võib jääda halduspraktika kujundamisel põgenemise ohu seadusest tuleneva eelduse tõttu lihtsalt tagaplaanile. Siinkohal on oluline märkida, et VSS § 6⁸ ongi sõnastatud, järgides eespool toodud tõlgendust. Vastavat sätet kohaldatakse näiteks lahkumisettekirjutuse tegemisel või välismaalase kinnipidamisel, tuvastades välismaalasest tulenevat põgenemise ohtu. Seejuures juhul, kui on täidetud üks VSS § 6⁸ p-des 1-8 toodud alustest, siis seaduse kohaselt põgenemise oht esineb igal juhul.¹⁵⁴ Kuigi tulenevalt VSS § 15 lg-st 1 peab välismaalase kinnipidamisel arvestama proportsionaalsuse põhimõttega ning igal üksikjuhtumil välismaalasega seotud olulisi asjaolusid, välistab VSS § 6⁸ sõnastus välismaalase põgenemise ohu ümberlükkamise, kui esinevad VSS § 6⁸ p-des 1-8 toodud asjaolud. Põgenemise ohu n-ö imperatiivset esinemist ei leevenda ka üleüldine VSS §-st 15 tulenev kinnipidamise kohaldamise kaalumiskohustus, kuivõrd seaduses sätestatud imperatiivne põgenemise ohu esinemise alus jätab välismaalase ilma garantiist (s.o riigi kohustusest anda hinnang põgenemise ohu esinemise kohta konkreetsest välismaalasest tulenevatest asjaoludest), mis naasmisdirektiivi kohaselt peaks välismaalasele olema tagatud. Teisiti öeldes vabastab VSS § 6⁸ riigi täielikult põgenemise ohu põhjendamise kohustusest, jättes tulenevalt VSS §-s 6⁸ toodud põgenemise ohu aluste sisust välismaalase äärmiselt ebavõrdsesse olukorda oma õiguste

¹⁵⁰ Peers, lk 495.

¹⁵¹ Basilien-Gainche, lk 112.

¹⁵² A.Baldaccini. The EU directive on return: Principles and protests. – Refugee Survey Quarterly 2008/28/4, lk 128.

¹⁵³ EKo C-430/11, p 41.

¹⁵⁴ /.../ Välismaalase põgenemise oht *esineb*, kui: /.../.

kaitsmisel. Lisaks tulenevalt naasmisdirektiivi artikli 3(7) sõnastusest kehtestavad liikmesriigid objektiivsetel kriteeriumid, mille põhjal esinevad üksikjuhul põhjused, mis annavad alust arvata, et esineb põgenemise oht. Naasmisdirektiivi sõnastus ei võimalda liikmesriikidel sätestada põgenemise ohule viitavad objektiivseid kriteeriume tõsikindlate alustena, vaid üksnes põgenemise ohule viitavate eeldustena, kuivõrd direktiiviga reguleeritud on liikmesriikidel tulenevalt direktiivi artiklist 4 lubatud kehtestada üksnes välismaalasele soodsamal moel.¹⁵⁵

Pean oluliseks märkida, et VSS § 6⁸ sõnastus ei ole kooskõlas naasmisdirektiivi artiklitega 3(7) ning 15(1). Kuigi naasmisdirektiiv näeb kõigi oluliste asjaolude hoolika kaalumise kohustuse ette sõnaselgelt üksnes sisenemiskeelu kohaldamisel (art 11(2)), on Euroopa Kohus individuaalsuse põhimõtet rakendanud ka välismaalase õiguspärase kinnipidamise aluste hindamisel, kuivõrd naasmisdirektiivi preambula p 6 kohaselt peavad kõik naasmisdirektiivi alusel tehtavad otsused olema vastu võetud juhtumipõhiselt ning lähtudes üksikjuhtumit puudutavatest objektiivsetest kriteeriumidest.¹⁵⁶ Selles johtuvalt, sõltumata VSS § 6⁸ naasmisdirektiiviga vastuolus olevast sõnastusest, tuleb VSS § 6⁸ rakendamisel tõlgendada seda kooskõlas naasmisdirektiivi artikliga 3(7) ning VSS § 6⁸ p-des 1-8 toodud asjaolude ilmnemisel põgenemise ohtu eeldada, mitte sedastada. Selleks, et VSS § 6⁸ oleks iseseisvalt kooskõlas naasmisdirektiiviga, tuleks säte sõnastada ümber, et sätte sõnastuse kohaselt esineks loetelus toodud aluste ilmnemisel põgenemise ohu eeldus.

Tulles tagasi põgenemise ohu siseriiklikus õiguses määratlemisest tulenevate riskide juurde, nähtub liikmesriikide praktikast, et kaalutlusõigust on rakendatud väga ulatuslikult. 2013. aasta seisuga olid Euroopa Rändevõrgustiku (*ingl European Migration Network*, edaspidi EMN) koostatud küsitluse tulemuste kohaselt erinevates liikmesriikides, kus oli vastavaks ajaks naasmisdirektiivi sisuline regulatsioon üle võetud, põgenemise ohule viitavad objektiivsed kriteeriumid kokkuvõtlikult järgmised:

- 1) viibimisalusega seonduvad põhjused – välismaalasele on keeldutud viibimisaluse andmisest (korduvalt) või ei ole välismaalane taotlenud endale viibimisalust pärast ebaseaduslikku riiki sisenemist või eelmise viibimisaluse tähtaja möödumist;

¹⁵⁵ Kuigi naasmisdirektiivi artikkel 4 käsitleb soodsamate sätete kehtestamist, on Euroopa Kohus leidnud, et naasmisdirektiiv keelab kohaldada liikmesriikidel direktiiviga reguleeritavas valdkonnas rangemaid nõudeid. Vt EKo C-61/11, *El Dridi*, p 33; Hailbronner, lk 1517.

¹⁵⁶ Naasmisdirektiivi preambula p 6; EKo C-146/14, *Mahdi*, p 70.

- 2) väljasaatmismenetluse ajal välismaalase elukorraldusega seonduvad põhjused - välismaalasel puudub elukoha-aadress või materiaalsed vahendid enda ülevõlpidamiseks;
- 3) välismaalase väljasaatmismenetluses osalemisega seonduv – välismaalase suhtes viiakse läbi toiminguid väljasaatmismenetluses, välismaalast ei ole võimalik leida registreeritud elukoha-aadressilt, ta on väljendanud, et ei kavatse täita lahkumissettekirjutust või mõnd järelevalvemeedet;
- 4) välismaalane on teinud tööd ilma vastava töö tegemise loata;
- 5) välismaalane ei ole täitnud väljasõidukohustust vabatahtliku täitmise tähtaja jooksul;
- 6) välismaalasel puuduvad isikut tõendavad dokumendid, need on võltsitud või välismaalane on esitanud ebaõigeid andmeid;
- 7) välismaalane keeldub koostöö tegemisest;
- 8) välismaalane on omavoliliselt lahkunud välismaalaste majutamiskeskusest või kinnipidamisasutustest;
- 9) välismaalane on viibides majutuskeskuses rikkunud avalikku korda;
- 10) välismaalane on varem põgenenud/hoidunud väljasaatmise sundtäideviimisest;
- 11) välismaalast on varem välja saadetud;
- 12) välismaalane on rikkunud riiki sisenemise keeldu;
- 13) välismaalane kujutab endast ohtu avalikule korrale või riigi julgeolekule;
- 14) välismaalane on toime pannud avaliku korra rikkumisi või tema suhtes on süüdimõistev kohtuotsus (k.a välisriigis ning sõltumata karistuse ära kandmisest);
- 15) välismaalane on seotud illegaalse immigratsiooni korraldamisega.¹⁵⁷

On oluline märkida, et mitmete ülal toodud kriteeriumide puhul, mis on sätestatud muu hulgas ka VSS §-s 6⁸, on küsitav, kas selliste objektiivsete asjaolude alusel on võimalik hinnata välismaalase kalduvust põgenemisele. Kahtlemata on põgenemise ohtu hindamisel põhjendatud objektiivseks kriteeriumiks sellised asjaolud, millest tuleneb välismaalase tahe. Sellisteks juhtumiteks võivad olla välismaalase selge tahteavaldus, et ta ei kavatse täita lahkumissettekirjutust (VSS § 6⁸ p 6) või täita leebemate järelevalvemeetmete nõudeid või kui välismaalane nt keeldub väljasaatmismenetluses pädeva asutusega koostöö tegemisest. Samuti saab põgenemise oht olla mõistlikult põhjendatav, kui isik on varasemates menetlustes

¹⁵⁷ European Migration Network. Ad-Hoc Query on the Return Directive (2008/115/EC) article 3(7) objective criteria for the „risk of absconding“. 04.04.2013. – http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/ad-hoc-queries/return/459_emn_ad-hoc_query_on_directive_2008_115_ec_wider_dissemination.pdf (viimati vaadatud 02.05.2016, edaspidi *EMN küsitlus*).

hoidunud kõrvale või sootukski põgenenud majutus- või kinnipidamisasutusest. Rahvusvahelises õiguses on välismaalase varasemat põgenemist või omavolilist lahkumist avatud asutusest peetud põgenemise ohule viitavaks asjaoluks.¹⁵⁸ Alates 01.05.2016. a kehtivas VSS redaktsioonis on täiendava alusena ette nähtud välismaalase loata lahkumine määratud elukohast või teisest Schengeni konventsiooni liikmesriigist (VSS § 6⁸ p 9). Kohase põgenemise ohule viitava asjaoluna saab olla käsitletav ka lahkumisetekirjutuse täitmiseks kohaldatud järelevalvemeetmete järgimata jätmine (VSS § 6⁸ p 5) või vabatahtliku tähtaja jooksul väljasõidukohustuse mittetäitmine (VSS § 6⁸ p 1).¹⁵⁹ Sarnaselt vabatahtliku tähtaja jooksul lahkumisetekirjutuse mittetäitmise puhul põgenemise ohule viitava loogikaga, on põgenemise ohule viitavana põhjendatult käsitletav ka riiki sisenemine sissesõidu kehtivusaja jooksul (VSS § 6⁸ p 7). Samas tekitab paratamatult küsimusi, millisel moel saab põhjendada välismaalase kalduvust põgenemisele tulenevalt tema varasemast süüdimõistmisest (VSS § 6⁸ p 4). Kuigi välismaalase süüdimõistmine võib teatud määral näidata välismaalase korrapäraselt õiguskäitumist, on süüdimõistva kohtuotsuse seos välismaalase võimaliku põgenemise ohuga liiga kaugel.

Mõistmaks süüdimõistva kohtuotsuse tähendust põgenemise ohu kontekstis, on oluline pöörata tähelepanu hiljutisele Euroopa Kohtu lahendile, milles Euroopa Kohus hindas kahtlustuse ning süüdimõistva kohtuotsuse tähendust „avalikule korrale tuleneva ohu“ sisustamisel naasmisdirektiivi artikli 7(4) mõttes.¹⁶⁰ Kõnealuses kohtuasjas oli üks välismaalastest tunnistatud süüdi võltsitud dokumendi kasutamise eest ning teine välismaalane oli vahistatud kahtlustatavana kehalises väärkohtlemises. Euroopa Kohtult küsiti eelotsust selle kohta, kas välismaalane kujutab endast ohtu avalikule korrale, kui talle on esitatud kahtlustus või ta on süüdi mõistetud (mh kas omab tähendus süüdimõistva kohtuotsuse jõustumine) ning kas lisaks toodud asjaoludele tuleks võtta täiendavalt arvesse ka konkreetse juhtumi asjaolusid. Esmalt märkis kohus, et kuigi liikmesriikidel on vabadus avaliku korra nõuete kindlaks määramiseks lähtuvalt siseriiklikest vajadustest, tuleb neid nõudeid tõlgendada siiski kitsalt, austades konkreetset konteksti välismaalaste põhiõigusi riigist väljasaatmisel.¹⁶¹ Juhul kui liikmesriik tugineb üldisele praktikale või teatavale eeldusele niisuguse ohu kindlakstegemisel, ilma et seejuures oleks nõuetekohaselt võetud arvesse välismaalase käitumist ja seda, kas see käitumine

¹⁵⁸ ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 794/1998, *Jalloh vs. Madalmaad*. U.N. Doc. CCPR/C/74/D/794/1998 (2002), p 8.2.

¹⁵⁹ Kaudselt viitab selline asjaolu põgenemise ohule ka Kahekümnes suunises p-s 6 sõnastatud kommentaar.

¹⁶⁰ EKo C-554/13, *Zh*.

¹⁶¹ EKo C-544/13, *Zh*, p 48.

kujutab ohtu avalikule korrale, rikub liikmesriik individuaalsest juhtumipõhisest hindamisest ja proportsionaalsuse põhimõttest tulenevaid nõudeid. Kokkuvõtvalt järelendas Euroopa Kohus, et avaliku korra ohu tuvastamiseks ei ole tarvis, et isikule oleks esitatud kahtlustus või et ta oleks süüdi mõistetud. Ent kahtlustuse esitamine, süüdimõistva kohtuotsuse tegemine või selle jõustumine ei tähenda, et kahtlustuse või süüdimõistva kohtuotsuse saanud välismaalane kujutaks endast ohtu avalikule korrale juba ainuüksi kahtlustuse esitamise või süüdimõistva kohtu otsuse tegemise tõttu.¹⁶² Kõnealuses asjas Euroopa Kohus rõhutas, et naasmisdirektiivi mõttes on välismaalase suhtes intensiivsemate meetmete kohaldamisel eriti oluline järgida individuaalsuse põhimõtet ning sõltumata teatud formaalsetest otsustest, arvestada igal juhul konkreetse välismaalasega seotud oluliste asjaoludega.¹⁶³

Kuigi viidatud kohtuasjas hindas Euroopa Kohus kahtlustuse ja süüdimõistva kohtuotsuse tähendust välismaalasest tuleneva ohu hindamisel avalikule korrale, on analoogia korras Euroopa Kohtu järeldused kohaldatavad ka põgenemise ohu kindlaks tegemisel. Esiteks on oluline märkida, et Euroopa Kohus välistas ohu esinemise avalikule korrale pelgalt kahtlustuse või süüdimõistva kohtuotsuse olemasolust, sõltumata asjaolust, et kahtlustuse esitamiseks peaks pädeval asutusel olema piisavalt teavet ja tõendeid, et pidada kahtlustatavat süüteo toimepanijaks ehk korra rikkujaks. Samuti, välismaalase suhtes tehtud süüdimõistev kohtuotsus tähendab ju seda, et välismaalane on kohtu poolt süüdi tunnistatud, kuivõrd ta oli toime pannud korra rikkumise. Ent sõltumata ülaltoodust ei pidanud Euroopa Kohus sellist vahetut seost korra rikkumisega piisavaks, et pidada kahtlustuse esitamist või süüdimõistvat kohtuotsust iseseisvateks alusteks tuvastamaks välismaalasest tulenevat ohtu avalikule korrale. Teiseks, kuivõrd potentsiaalse põgenemise ohu ning abstraktse süüdimõistva kohtuotsuse vaheline seos on veelgi kaugem kui süüdimõistva kohtuotsuse ja võimaliku välismaalasest avalikule korrale tuleneva ohu vahel, jääb süüdimõistvast kohtuotsusest tulenev eeldus põgenemise ohu kasuks mõistmatuks.

Ehkki tuleb möönda, et teatud juhtudel võib süüdimõistetud isik olla põgenemisohtlik tulenevalt sellest, et isikul võib olla kalduvus ühiskonnas kehtestatud normide rikkumisele, tekitab vastava eelduse kohaldamine põgenemise ohu sisustamisel siiski väga suure riski välismaalaste põhjendamatuks n-ö karistusjärgseks kinnipidamiseks. Ei saa välistada, et riikidel esineb soov süüdimõistetud isikute jätkuvaks ulatuslikuks kontrolliks ja ühiskonnast isoleerimiseks pärast karistuse kandmist, kuna näiteks Eestigi soovis teatud juhtudel kohaldada

¹⁶² EKo C-544/13, Zh, p 54.

¹⁶³ EKo C-544/13, Zh, p 49, 50,

mittekaristusliku vahendina isiku karistusjärgset kinnipidamist.¹⁶⁴ Samuti ei ole välistatud välismaalase kinnipidamine ka olukorras, kus kohus mõistaks välismaalase süüdi ning määraks talle rahalise karistuse või tingimisi vangistuse, kuivõrd VSS § 6⁸ p 4 kohaselt loetakse välismaalane põgenemisohtlikuks ka juhul, kui ta on toime pannud korduvaid tahtlike kuritegusid sõltumata karistuse liigist. Välismaalaste kinnipidamine väljasaatmismenetluses tulenevalt välismaalaste suhtes tehtud süüdimõistva kohtuotsusest tekitab paratamatult küsimusi kinnipidamise eesmärgi suhtes. Olukorras, kus muid aluseid välismaalasest tuleneva põgenemise ohu sisustamiseks ei ole, täidaks välismaalase (jätkuv) kinnipidamine eelkõige avaliku korra ning riigi julgeoleku tagamise, mitte väljasaatmismenetluse eduka läbiviimise eesmärgi. Viimane oleks aga selges vastuolus naasmisdirektiivi artikliga 15(1), kuivõrd välismaalaste kinnipidamine väljasaatmismenetluses on õigusvastane, kui seda kohaldatakse preventiivse meetmena riigi julgeoleku või avaliku korra tagamise kaalutlustel.¹⁶⁵ Sellest tulenevalt pelgalt korduvalt tahtlike kuritegude toimepanemine või selliste kuritegude toimepanemine, mille eest on välismaalasele mõistetud vangistus, ei ole tegemist sellise põgenemise ohu eeldusega, mis oleks kooskõlas naasmisdirektiiviga.

Küsitava väärtusega on samuti põgenemise ohuna sõnastatud eeldus, mille kohaselt viibib välismaalane ühel või teisel moel riigis ilma viibimise aluseta. Mitmed riigid, sh ka Eesti,¹⁶⁶ on siseriiklikult sätestanud, et põgenemise ohuna käsitletakse olukordi, mil välismaalane ei ole taotlenud riigis viibimiseks elamisluba (vm seaduslikku alust riigis viibimiseks) pärast riiki sisenemist või pärast riigis viibimise loa tähtaja möödumist, samuti, kui välismaalasele on keeldutud sellise loa väljastamisest, ning välismaalane viibib jätkuvalt riigi territooriumil.¹⁶⁷ Ehkki riikide soov selliste eelduste kehtestamisel võis olla sisustada põgenemise ohuna välismaalaste tahet viibimisaluse taotlemata jätmisel või pärast viibimisaluse andmisest keeldumist jätkuva riigis viibimise korral, läheb selline põgenemise ohu sisustamise käsitus vastuollu naasmisdirektiivi preambula p-s 6 sätestatud põhimõttega. Viidatud põhimõtte kohaselt peavad riigid välismaalaste suhtes naasmisdirektiivi alusel tehtavate otsuste langetamisel (sh välismaalase kinnipidamisel) lähtuma täiendavalt ka muudest asjaoludest, kui üksnes välismaalase ebaseaduslikust riigis viibimisest. Siiski ei ole VSS § 6⁸ p-s 8 sätestatu naasmisdirektiiviga vastuolus, kuivõrd sätte kohaselt eeldatakse põgenemise ohtu riigis

¹⁶⁴ Riigikohus tunnistas sellise KarS § 87² lg 2 siiski põhiseadusega vastuolus olevaks, vt RKÜKo 3-4-1-16-10.

¹⁶⁵ EKo C-357/09, *Kadzoev*, p 70; Hailbronner, lk 1542.

¹⁶⁶ vt VSS § 6⁸ p 8 – välismaalane on kinni peetud Eesti välispiiri ebaseadusliku ületamise tõttu ning ta ei ole saanud luba või õigust Eestis viibida.

¹⁶⁷ Lisaks Eestile on sarnased viibimisaluse puudumist puudutavad alused sätestatud põgenemise ohuna Prantsusmaal, Luksemburgis, Madalmaad, Slovakkia, Sloveenia, vt EMN küsitlus.

ebaseaduslikul viibimisel üksnes siis, kui välismaalane on eelnevalt kinni peetud Eesti välispiiri ebaseadusliku ületamise tõttu. Ebaseaduslik piiri ületamine viitab oma loomult välismaalase võimele ning valmidusele rikkuda õiguskorda, samuti soovi vältida n-ö ametlikku asjaajamist. Viimast on aga põhjendatud hinnata kohaseks põgenemise ohule viitavaks eelduseks. Kuna VSS § 6⁸ p-s 8 sätestatud ebaseaduslik riigis viibimine on kumulatiivseks aluseks koos ebaseadusliku välispiiri ületamisega, on põgenemise ohu eeldamine sellisel juhul kooskõlas naasmisdirektiiviga.

Põhjendatud aluseks põgenemise ohu eeldamisel saab lugeda ka valeandmete või võltsitud dokumentide esitamist välismaalase viibimisalusega seotud menetlustes või isikut tõendava dokumendi taotlemisel. Sarnaselt ebaseaduslikule välispiiri ületamisele, viitavad VSS § 6⁸ p-s 2 kirjeldatud alused välismaalase valmidusele seadusi rikkuda ning vajadusel hoiduda ametlikust asjade ajamisest. Võltsitud dokumendi esitamine eeldab sellisel juhul siiski teadlikkust dokumendi võltsitusest, kuivõrd vastasel juhul ei oleks tegemist välismaalase mõjusfääris oleva asjaoluga. Sellist asjaolu ei oleks aga kohane välismaalase kinnipidamisel arvestada, kuivõrd tegemist ei oleks välismaalasega seotud olulise asjaoluga (VSS § 15 lg 1).

Viimaks näib problemaatilisena ka VSS § 6⁸ p-s 3 sätestatud põgenemise ohu eeldus. Viidatud sätte kohaselt esineb põgenemise oht, kui on põhjendatud kahtlus välismaalase isikusamasuses või tema kodakondsuses. EMN 2014. a aruande kohaselt on sarnased „põhjendatud kahtlusel“ põhinevad alused sätestatud Saksamaa,¹⁶⁸ Läti,¹⁶⁹ Malta,¹⁷⁰ Portugal¹⁷¹ ning Norra¹⁷² seadusandluses. Ehkki isiku identiteedi ning tema kodakondsuse kohta informatsiooni puudumine või ebaõige informatsiooni omamine võiks olla asjaoluks, mis võib viidata teatud määral välismaalase põgenemise ohule, ei ole „põhjendatud kahtlus“ selliste asjaolude esinemise suhtes kohane kriteerium põgenemise ohu eeldamiseks. Nähtavasti võivad liikmesriigid naasmisdirektiivi artikli 3(7) alusel sätestada siseriiklikus õiguses põgenemise ohu eelduse tingivad kriteeriumid, ent sellised kriteeriumid peavad olema objektiivsed. Samas kõikvõimalikud kriteeriumid, mis põhinevad hüpoteesil või eeldavad subjektiivse hinnangu andmist, ei saa olla käsitletavad objektiivsetena. Põgenemise ohu eeldusena kasutatav

¹⁶⁸ Esineb põhjendatud kahtlus, et välismaalane kavatseb väljasaatmisest eemale hoida. Vt EMN uuring, lk 4.

¹⁶⁹ Pädev siseriiklik või välisriigi asutus edastab teabe, mille kohaselt võib välismaalane kujutada ohtu riigi julgeolekule, avalikule korrale või turvalisusele. Vt EMN uuring, lk 5.

¹⁷⁰ Välismaalane kujutab endast ohtu avalikule korrale, rahva tervisele või riiklikule julgeolekule. Vt EMN uuring, lk 7.

¹⁷¹ Välismaalase viibimine või tegevus kujutab endast ohtu avalikule korrale või julgeolekule; on põhjendatud alus arvata, et välismaalane on toime pannud tõsiseid korrarikkumisi või kavatseb neid toime panna. Vt EMN uuring, lk 8.

¹⁷² Isik kujutab endast ohtu riigi julgeolekule/huvidele. Vt EMN uuring, lk 10.

objektiivne kriteerium ei saa koosneda ega sisaldada määratlemata õigusmõisteid, kuivõrd määratlemata õigusmõiste võib olla erinevalt sisustatav ning eeldab pädeva asutuse otsust kriteeriumi esinemise kohta või mitte. Objektiivne kriteerium peaks aga olema selgelt arusaadav igale kõrvaltvaatajale. Näiteks on seisukohti, et objektiivseteks asjaoludeks saaksid olla üksnes konkreetsed juhtumid või olukorrad.¹⁷³ Kuivõrd aga „põhjendatud kahtlus“ isikusamasuses või välismaalase kodakondsuses ei ole konkreetne juhtum või olukord, s.o selline põhjendatud kahtlus ei ole kõrvaltvaataja poolt üheselt tuvastatav, ei vasta VSS § 6⁸ p-s 3 sätestatud kriteerium naasmisdirektiivi artiklist 3(7) tulenevale kriteeriumi objektiivsuse nõudele. Olukorras, kus pädeval asutusel on n-ö põhjendatud kahtlus välismaalase isikusamasuses või tema kodakondsuses, tuleb pädeval asutusel ära näidata, et isik on esitanud ebaõigeid andmeid või võltsinud dokumente nagu näeb ette VSS § 6⁸ p 2. Kuivõrd aga VSS § 6⁸ p 2 kohaldamisala on teine, tuleks VSS § 6⁸ p 3 selle rakendamise võimaldamiseks ümber sõnastada. Objektiivse kriteeriumi nõudele vastaks näiteks järgmine sõnastus:

„välismaalane on enda isikusamasuse või kodakondsuse kohta esitanud väljasaatmismenetluses võltsitud dokumendi või valeandmeid või on keeldunud vastavate andmete avaldamisest.“

Võttes eeltoodu kokku, ei ole liikmesriikidel võimalik sätestada seaduses põgenemise ohu tõsikindlat esinemist. VSS §6⁸ sõnastus on selles osas vastuolus naasmisdirektiiviga ning kuni seaduse sätte muutmiseni tuleb VSS §-i 6⁸ kohaldada kooskõlas naasmisdirektiiviga. Seejuures sõltumata VSS §-is 6⁸ toodud objektiivsete (v. a p 3) aluste esinemisest, tuleb põgenemise ohu hinnangu andmisel analüüsida igal üksikjuhtumil kõiki välismaalasega seotud olulisi asjaolusid. Seejuures VSS § 6⁸ p 3 tuleks kehtetuks tunnistada või näiteks eespool toodud kujul ümber sõnastada. Kehtetuks tuleks tunnistada ka VSS § 6⁸ p 4, kuivõrd sättes toodud alused ei viita põgenemise ohule, vaid pigem riigi soovile tagada välismaalaste õiguse alusel avalikku korda ja riigi julgeolekut.

2.1.2. Koostöö puudumine

Põgenemise ohule alternatiivseks aluseks välismaalaste kinnipidamisel on juhtumid, mil välismaalane hoiab kõrvale tagasisaatmise ettevalmistamisest või väljasaatmisest või takistab neid (naasmisdirektiivi art 15(1) p b). Sarnaselt põgenemise ohule, on ka koostöö tegemisest keeldumist peetud rahvusvahelise õiguse kohaselt selliseks olustikuliseks eelduseks, mis

¹⁷³ Hailbronner, lk 1517.

õigustab välismaalase kinnipidamist tema väljasaatmismenetluses.¹⁷⁴ VSS § 15 lg 2 p 2 kohaselt on vastavaks kinnipidamise aluseks kaasaaitamiskohustuse mittetäitmine. Arvestades naasmisdirektiivi sõnastust, on n-õ koostöö tegemise kohustust käsitletud üsna laialt, hõlmates enda alla nii väljasaatmismenetluse või väljasaatmise läbiviimisest hoidumist kui ka nende vahetut takistamist. Siinkohal on oluline märkida, et VSS § 15 lg 2 p 2 ning naasmisdirektiivi artikli 15(1) p b terminoloogia ei kattu. Seejuures tulenevalt Eesti õiguses sisalduvast täpsustusest koostöö kohustuse osas, võib vastaval kinnipidamise alusel olla ka erinev maht.

Nagu eelnevalt mainitud, on naasmisdirektiivis sätestatud koostöökohustuse ulatus reguleeritud laialt. Naasmisdirektiivi artikli 15(1) p-i b võib koguni tõlgendada selliselt, et koostöökohustuse täitmist võib arvesse võtta hetkest, mil välismaalasel tekib väljasõidukohustus ning riik asub tegema esimesi toiminguid välismaalase väljasõidukohustuse täitmiseks. Naasmisdirektiiv ei välista välismaalase tegevuse või tegevusetuse hindamist välismaalase kinnipidamisel, mis leiab aset ka näiteks enne välismaalasele lahkumisettekirjutuse tegemist (seda juhul, kui välismaalase väljasõidukohustus tuleneb seadusest, mitte lahkumisettekirjutusest). Samas Eesti regulatsioon on tunduvalt kitsam, kuivõrd välismaalase kinnipidamise alusena ette nähtud kaasaaitamiskohustus on VSS § 26⁴ lg-s 1 täpsemalt lahti kirjutatud.

Esmalt on oluline märkida, et tulenevalt kaasaaitamiskohustuse reguleerimise asukohast väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduses tõusetub põhjendatud küsimus vastava struktuuri tähenduses kinnipidamise aluse sisustamisel. Nimelt asub VSS § 26⁴ seaduse 4¹. peatükis, mis kannab pealkirja „Kinnipidamiskeskus“. Seega, kuna kaasaaitamiskohustus on välismaalasele sätestatud üksnes viibides kinnipidamisasutuses, ei ole välistatud tõlgendus, mille kohaselt ei oleks justkui vabaduses viibiva välismaalase käitumist võimalik koostöökohustuse rikkumise hindamisel arvesse võtta. Kaasaaitamiskohustuse sisustamisel tuleb siiski arvestada sellega, et VSS 4¹ peatükk võeti vastu 2002. aastal.¹⁷⁵ Seejuures toona kehtinud välismaalase kinnipidamise regulatsioon nägi välismaalase kinnipidamist ette sundkorras väljasaatmise täideviimisel automaatse meetmena ning kaasaaitamiskohustus ei olnud eelduseks välismaalase kinnipidamisel. Seega kaasaaitamiskohustuse täitmise hindamisel ei ole õige lähtuda üksnes välismaalase käitumisest kinnipidamisasutuses. Lisaks eeltoodule on Riigikohus leidnud, et ka vabaduses viibival välismaalasel on väljasaatmismenetluses kaasaaitamiskohustus tulenevalt VSS §-st 6² ning VMS §-st 18.¹⁷⁶

¹⁷⁴ ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 560/1993, *A vs. Austraalia*. U.N. Doc. CPR/C/50/D/560/1993 (1997), p 9.4.

¹⁷⁵ Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse muutmise seadus. – RT I 2003, 4, 21.

¹⁷⁶ RKHKo 3-3-1-84-11, p 43.

Seega, kuigi välismaalaste kaasaaitamiskohustus on VSS-is reguleeritud üksnes kinnipeetud välismaalaste suhtes, tuleneb välismaalastele kohustus teha pädeva asutusega koostööd kogu aja jooksul, mil välismaalasel on väljasõidukohustus. Asudes vastupidisele seisukohale, et välismaalasel on kaasaaitamiskohustus viibides üksnes kinnipidamisasutuses, oleks VSS-i § 15 lg 2 p 2 ning § 26⁴ lg 1 vastuolus naasmisdirektiivi artikliga 8(1), kuivõrd VSS-i regulatsioon ei tagaks sellisel juhul Eestile võimalust viia läbi kiiret ning efektiivset väljasaatmismenetlust, kui välismaalane ei võimalda näiteks tuvastada enda isikut või kodakondsust, olemata selleks eelnevalt paigutatud kinnipidamiskeskusesse.¹⁷⁷

Sõltumata ülalviidatud Riigikohtu tõlgendusest, et välismaalasel on siiski vabaduses viibides tulenevalt VSS §-st 6² kaasaaitamiskohustus, leian, et selline tõlgendus ei pruugi olla piisav, et katta kõiki olukordi, rahuldamiseks riigi olukorrapõhist vajadust välismaalase kinnipidamiseks. Siinkohal on oluline märkida, et VSS § 26⁴ lg 1 kohaselt on välismaalasel kohustus anda pädevale asutusele teavet, esitada vajadusel dokumente ning tõendeid ning vajadusel aidata igakülselt kaasa väljasaatmiseks vajalike dokumentide hankimiseks. VMS § 18 lg-s 1 reguleeritud kaasaaitamiskohustus reguleerib üksnes välismaalase teabe andmise kohustust. Siiski, kuivõrd VSS § 6² lg 1 viitab VSS rakendamisel ka VMS §-le 31, on välismaalasel kohustus pädeva asutuse nõudmisel esitada dokumente või muid tõendeid. Sellele vaatamata puudub VMS-is või VSS-is vabaduses viibiva välismaalase suhtes regulatsioon, mis kohustaks välismaalast aitama kaasa väljasaatmiseks vajalike dokumentide muretsemisele. Riigikohus on küll käsitlenud välismaalase kohustust astuda mõistlikke samme viibimisaluse saamiseks teises riigis, ent seda üksnes osana väljasõidukohustusest, mitte osana välismaalase kaasaaitamiskohustusest väljasaatmismenetluses.¹⁷⁸ Lisaks ei ole selge, kas Riigikohtu poolt käsitletud „viibimisalus“ saaks olla käsitletav väljasaatmiseks vajaliku dokumendina. Teisalt on väljasaatmismenetlus täielikult kaetud välismaalase väljasõidukohustusega, mistõttu jääb Riigikohtu seisukoht kaasaaitamiskohustuse eristamisel vabaduses ja kinnipidamiskeskuses viibiva välismaalase suhtes arusaamatuks. Samuti on küsitav, kas vabaduses ja kinnipidamiskeskuses viibiva välismaalase kaasaaitamiskohustuse mahu eristamiseks esineb üldsegi mõistlik põhjendus.

Eeltoodust tulenevalt, arvestades asjaoluga, et kaasaaitamiskohustuse reguleerimisel ei saanud seadusandja võtta arvesse selle tähendust välismaalase kinnipidamisel, tuleks VSS § 26⁴ lg-s 1 sätestatud kaasaaitamiskohustust käsitleda nii välismaalase suhtes, kes asub

¹⁷⁷ Vt ka naasmisdirektiivi preambula p 2, 11; samuti EKo C-329/11, *Achughbabian*, p 43, 45

¹⁷⁸ RKHKo 3-3-1-84-11, p 43.

kinnipidamiskeskuses kui ka välismaalase suhtes, kes asub vabaduses. Seejuures seaduse paremaks kohaldamiseks tuleks käesoleval ajal VSS § 26⁴ lg-s 1 sätestatud kaasaaitamiskohustus reguleerida väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse struktuuri mõttes üldnormina, näiteks paragrahvina 6⁹.

Euroopa Kohus on lahendanud välismaalase koostöö kohustusega seonduvat *Mahdi* lahendis.¹⁷⁹ Tasub siinkohal märkida, et kohus analüüsis koostöökohustust naasmisdirektiivi artikli 15(6) p a mõttes, mistõttu tuleb kohtu seisukohtade rakendamisel artikli 15(1) p b kohaldamisel lähtuda siiski eelkõige artikli 15(1) p b eeldustest. Kõnealuses kohtuasjas puudusid välismaalasel dokumendid ning potentsiaalne vastuvõttev riik keeldus välismaalasele sellise dokumendi väljastamisest, mis võimaldaks välismaalasel väljasõidukohustust täita. Euroopa Kohus selgitas, et „koostöö puudumine“ naasmisdirektiivi mõistes eeldab, et ametiasutus, kes langetab otsust kolmanda riigi kodaniku kinnipidamise osas, uurib ühelt poolt selle kodaniku käitumist esialgse kinnipidamise ajal,¹⁸⁰ tegemaks kindlaks, kas viimane on keeldunud pädevate ametiasutustega koostööst seoses väljasaatmise elluviimisega. Teiselt poolt uurib pädev asutus võimalust, et nimetatud kodaniku käitumise tõttu kestab väljasaatmine kauem, kui ette nähtud. Euroopa Kohus järeldas seejuures, et juhul, kui välismaalase väljasaatmine kestab või kestis ettenähtust kauem mõnel muul põhjusel, ei saa tuvastada välismaalase käitumise ja kõnealuse väljasaatmise kestuse vahel põhjuslikku seost. Sellest tulenevalt ei ole sellisel juhul võimalik rääkida ka koostöö puudumisest.¹⁸¹ Seega peab koostöö puudumise alusel välismaalase kinnipidamiseks olema pädeva asutuse poolt tuvastatud väljasaatmismenetluse eduka läbiviimise viibimine, millel peab olema põhjuslik seos välismaalase teo või tegevusetusega. Eeltoodu ei tähenda siiski, et välismaalase kinnipidamisel tulenevalt VSS § 26⁴ lg-s 1 sätestatud kaasaaitamiskohustuse rikkumisest,¹⁸² tuleb tuvastada kaasaaitamiskohustuse rikkumise ja väljasaatmismenetluse viibimise vaheline põhjuslik seos. Põhjusliku seose tuvastamise kohustus esineb üksnes juhul, kui hinnatakse välismaalase kinnipidamist üle kuue kuu (naasmisdirektiivi art 15(6)). Seega välismaalase kinnipidamiseks tulenevalt kaasaaitamiskohustuse rikkumisest piisab üksnes sellise kohustuse rikkumise tuvastamisest.

¹⁷⁹ EKo C-146/14, *Mahdi*.

¹⁸⁰ Kohtuasjas oli isik juba kinni peetud, mistõttu on Euroopa Kohus selgitanud, et tuleb hinnata välismaalase käitumist esialgse kinnipidamise ajal.

¹⁸¹ EKo C-146/14, *Mahdi*, p 82.

¹⁸² Välismaalane on kohustatud 1) andma väljasaatmist täideviivatele valitsusasutustele suulisi ja kirjalike andmeid ja seletusi; 2) esitama kõik andmed ja dokumendid ning muud tema valduses olevad tõendid, mis omavad väljasaatmismenetluses tähtsust; 3) aitama kaasa väljasaatmiseks vajalike dokumentide muretsemisele; 4) aitama kaasa oma isiku tuvastamiseks ja kontrollimiseks vajalike andmete kogumisele.

Samas igasugust välismaalase tegevust või tegevusetust, mis oma loomult ei aita kaasa väljasaatmismenetluse edukale läbiviimisele, ei ole võimalik käsitleda kinnipidamise alusena naasmisdirektiivi artikli 15(1) p b mõttes. Vastupidisel juhul oleks koostöö puudumise alust lihtne kuritarvitada, kuivõrd enamik välismaalastest on väljasaatmismenetluses kinnised või tõrksad.¹⁸³ Samas tulenevalt üksnes välismaalase kinnisest iseloomust või ka nt keelelisest barjäärist ei oleks põhjendatud välismaalast kinni pidada. Selleks, et mitte kuritarvitada välismaalase kinnipidamise instituuti, tuleks välismaalase kinnipidamiseks kaasaaitamiskohustuse mittetäitmise alusel tuvastada siiski välismaalase tahe töötada eduka väljasaatmise läbiviimisele vastu. Välismaalase tahet eeldavad nii väljasaatmismenetlusest hoidumine kui ka selle läbiviimise takistamine naasmisdirektiivi artikli 15(1) p b mõttes. Seega ei saa välismaalast pidada kinni kaasaaitamiskohustuse mittetäitmise tõttu üksnes seetõttu, et välismaalane ei ole enda tahtest sõltumata suuteline aitama kaasa väljasaatmismenetluse edukale läbiviimisele.

Lisaks on välismaalase väljasaatmise läbiviimist võimalik kohtulikult peatada, vaidlustades VSS-i alusel tehtud lahkumissetkirjutuse ning taotledes kohtult esialgse õiguskaitse korras lahkumissetkirjutuse täitmise peatamist kuni kohtumenetluse lõpuni. Taolises olukorras on Tallinna Ringkonnakohus leidnud, et lahkumissetkirjutuse vaidlustamist ning esialgse õiguskaitse korras peatamise taotlemist ei saa pidada tuleneva kaasaaitamiskohustuse rikkumiseks VSS § 15 lg 2 p 2 mõttes.¹⁸⁴ Samas on küsitav, kas välismaalase pahausksuse korral esialgse õiguskaitse taotluse esitamisel oleks võimalik rääkida kaasaaitamiskohustuse rikkumisest VSS § 15 lg 2 p 2 mõttes. Selline välismaalase käitumine võiks naasmisdirektiivi grammatilisel tõlgendamisel olla käsitletav väljasaatmise ettevalmistamise või läbiviimise takistamisena direktiivi artikli 15(1) p b mõttes, kuid kuivõrd VSS § 26⁴ sätestab kaasaaitamiskohustuse sisu ning see ei sisalda pahatahtlikult õiguskaitsevahendite kasutamist, ei oleks VSS § 26⁴ ja § 15 lg 2 p 2 grammatilisel tõlgendamisel välismaalase kinnipidamine sellisel juhul võimalik. Leian, et ka sätte eesmärgipärasel tõlgendamisel ei oleks välismaalase kinnipidamine tulenevalt oma õiguste kaitsmisest (ka pahatahtlikult õiguskaitse vahendite kasutamisest) võimalik, kuivõrd õiguste kuritarvitamist saab õiguskaitsevahendite kasutamisel hinnata üksnes kohus. Seejuures enne välismaalase õiguste kaitseks esitatud vastava taotluse sisulist lahendamist ei oleks välismaalase kinnipidamist lahendava halduskohtu poolt õiguskaitsevahendi kasutamise eesmärgi suhtes seisukoha võtmine õiguspärane.

¹⁸³ Basilien-Gainche, lk 114.

¹⁸⁴ TlnRKm 29.02.2016, 3-15-1402 (koopia autori valduses), p 12.

Kokkuvõtvalt pean oluliseks märkida, et liikmesriikidel lasub naasmisdirektiivi artiklist 8(1) kohustus välismaalaste suhtes väljasaatmismenetluse läbiviimiseks ning nende efektiivseks väljasaatmiseks. Selleks lubab naasmisdirektiivi artikli 15(1) p b pidada välismaalast kinni, tulenevalt välismaalase käitumisest väljasõidukohustuse mittetäitmisel üsna laialt. Kuigi Eesti regulatsioonis on kaasaaitamiskohustus reguleeritud üksnes kinnipidamisasutuses viibiva välismaalase suhtes, tuleks vastavat kaasaaitamiskohustust kohaldada seaduse eesmärgipärasel tõlgendamisel ka vabaduses viibiva välismaalase suhtes. Kaasaaitamiskohuse täitmise hindamisel tuleks seejuures võtta arvesse eelkõige välismaalase tahet väljasaatmismenetluse takistamise või selle läbiviimise vältimise suhtes ning kaasaaitamiskohustuse mittetäitmise alla ei saa kuuluda välismaalase poolt õiguskaitsevahendite kasutamine oma õiguste kaitseks.

2.1.3. Tagasisaatmiseks vajalike dokumentide puudumine või nende viibimine kolmandast riigist

Eelnevalt käsitletud alused välismaalaste kinnipidamiseks väljasaatmismenetluses (põgenemise oht ja koostöö puudumine) on selgelt sõnastatud ka naasmisdirektiivis (art 15(1)). Kuivõrd aga naasmisdirektiivis sõnastatud loetelu välismaalaste kinnipidamiseks on jäetud lahtiseks, on Eesti kasutanud võimalust reguleerida välismaalaste kinnipidamist täiendava alusega. VSS § 15 lg 2 p 3 kohaselt võib välismaalast pidada kinni, kui välismaalasel puuduvad tagasipöördumiseks vajalikud dokumendid või nende hankimine vastuvõtvast või transiitriigist viibib. Seega olustikuliselt sisaldab VSS § 15 lg 2 p 3 kahte alternatiivset välismaalase kinnipidamise alust, millest üheks on välismaalasel dokumentide puudumine ning teiseks on dokumentide hankimise viibimine kolmandast riigist. On oluline märkida, et viimati nimetatud alus on ette nähtud välismaalase jätkuvaks kinnipidamiseks pärast kuuekuulise tähtaja möödumist ka naasmisdirektiivi artikli 15(6) alusel, ent direktiiv ei näe otseselt ette võimalust välismaalase esialgseks kinnipidamiseks toodud alusel. Kuivõrd üle kuuekuulise kestvusega välismaalaste kinnipidamiseks toimub eraldiseisev kinnipidamise aluste kontroll, käsitlen käesolevas alapeatükis VSS § 15 lg 2 p-s 3 toodud aluseid välismaalase kinnipidamise kontekstis, mis ei või kesta üle kuue kuu.

Euroopa Kohus on tagasipöördumiseks vajalike dokumentide puudumise kohta käivaid aspekte käsitletud *Mahdi* lahendis. Seejuures kajastub õiguskirjanduses *Mahdi* lahendi põhilise n-ö järeldusena see, et välismaalasel dokumentide puudumine ei ole eraldiseisevaks aluseks välismaalase kinnipidamiseks, välismaalasel dokumentide puudumine ei tähenda eraldiseisvalt koostöö puudumist, samuti ei ole see piisavaks aluseks, et eeldada välismaalasest tulenevat

märkimisväärsel põgenemise ohtu.¹⁸⁵ Tõsi, ehkki *Mahdi* lahendis olev järeldus puudutab eelkõige välismaalase kinnipidamise pikendamise aspekti (s.o kinnipidamise pikendamine üle kuue kuu ei ole õigustatud üksnes dokumentide puudumisel), võttis kohtujurist M. Szpunar seisukoha ka naasmisdirektiivi artikli 15(1) alusel isiku kinnipidamise suhtes dokumendi puudumisel. Kohtujurist leidis, et kuivõrd välismaalast võib kinni pidada üksnes juhul, kui väljasaatmine võib välismaalase käitumise tõttu ebaõnnestuda, on naasmisdirektiivi artikli 15(1) alusel välismaalase kinnipidamine õigusvastane, kui kinnipidamise aluseks on üksnes asjaolu, et välismaalasel puuduvad dokumendid.¹⁸⁶ On oluline märkida, et Euroopa Kohus vastavat seisukohta *Mahdi* lahendis ümber ei lükanud, vaid käsitles dokumentide puudumist üksnes naasmisdirektiivi artikli 15(6) kohaldamisel. Eeltoodust tulenevalt, kuivõrd üksnes dokumentide puudumine ei ole piisavaks aluseks välismaalase kinnipidamiseks, ei saa pidada VSS § 15 lg 2 p-s 3 toodud esimest alternatiivi naasmisdirektiivi artikliga 15(1) kooskõlas olevaks.

VSS § 15 lg 2 p-s 3 toodud teise alternatiivi õiguspärasuse hindamisel, ei saa lähtuda eeldusest, et naasmisdirektiivi artikli 15(6) p b lubab riikidel välismaalasi sellel alusel jätkuvalt kinni pidada, kuivõrd kinnipidamise pikendamine ei ole samastatav välismaalase esialgse kinnipidamisega. Sellest tulenevalt tuleb välismaalase esmasel kinnipidamisel hinnata eraldiseisvalt VSS § 15 lg 2 p-s 3 toodud aluse vastavust naasmisdirektiivi artiklile 15(1).

Esmalt on oluline välja tuua, et analüüsitava kinnipidamise aluse alternatiivi vastuvõtmisel ei ole Eesti seadusandja toonud seletuskirjas ühtegi sisulist alust. Seletuskirjast tuleneb, et seadusandja on pidanud naasmisdirektiivi artikli 15 lõigetes 1 ja 6 esitatud aluseid samaväärseteks, mistõttu pidas seadusandja ka mõistlikuks loetleda need kõik üheskoos samas sättes.¹⁸⁷ Hinnates siiski dokumentide hankimise viibimist kolmandatest riikidest eraldiseisva alusena välismaalase kinnipidamiseks, on ilmne, et tegemist ei ole asjaoluga, mis oleks välismaalase vahetus mõjusfääris väljasaatmismenetluse kulgemise mõjutamisel. Euroopa Kohus on aga El Dridi lahendis asunud seisukohale, et välismaalastest mittesõltuvaid aluseid välismaalaste kinnipidamisel ei saa pidada õiguspärasteks.¹⁸⁸ Kuivõrd välismaalase

¹⁸⁵ Costello (2016), lk 309; EKo C-146/14, *Mahdi*, p 73, 74.

¹⁸⁶ M. Szpunar. Kohtujuristi seisukoht EK asjas C-146/14, p 80, 84.

¹⁸⁷ Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse ning Euroopa Liidu kodaniku seaduse muutmise seadus eelnõu (444 SE) seletuskiri. – <http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/3d29680f-dcbd-4866-900f-cd4e5e995e25/V%C3%A4ljas%C3%B5idukohustuse%20ja%20sisses%C3%B5idukeelu%20seaduse%20ning%20Euroopa%20Liidu%20kodaniku%20seaduse%20muutmise%20seadus/> (viimati vaadatud 02.05.2016), lk 6, 7.

¹⁸⁸ EKo C-61/11, *El Dridi*, p 39; vt samal teemal ka ÜRO Inimõiguste Nõukogu. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. 10. sessioon,

kinnipidamise alused (sh naasmisdirektiivi artiklist 15 tulenevad) on rangelt piiritletud välismaalaste põhiõiguste järgimiseks,¹⁸⁹ on keeruline leida mõistlikku põhjendust välismaalase kinnipidamise vajadusele, kui välismaalasest tulenevad asjaolud ei viita mingilgi moel väljasaatmismenetluse eduka läbiviimise nurjamisele või selle läbiviimise takistamisele. Dokumentide viibimisel kolmandatest riikidest ei ole võimalik sõnastada ka mõistlikku eesmärki välismaalase kinnipidamiseks väljasaatmismenetluse läbiviimise ajaks, mistõttu dokumentide viibimine kolmandatest riikidest ei saa olla iseseisvaks proportsionaalseks aluseks välismaalase kinnipidamiseks väljasaatmismenetluses. Samuti, kuivõrd järelevalvemeede peaks tagama konkreetse eesmärgi saavutamist, ei ole tulenevalt eesmärgi puudumisest võimalik konstrueerida ka võimalikku tulemust, mida välismaalase kinnipidamine vastaval alusel võimaldaks saavutada. On ilmne, et välismaalase kinnipidamine ei mõjuta dokumentide hankimise kiirust kolmandast riigist elik lõppjärgus ei taga välismaalase kinnipidamine kolmandatest riikidest dokumentide viibimisel ka mingilgi määral väljasaatmismenetluse edukat läbiviimist.

Eeltoodust tulenevalt olen seisukohal, et VSS § 15 lg 2 p-s 3 toodud alternatiivsed alused välismaalaste kinnipidamiseks väljasaatmismenetluses ei ole kooskõlas naasmisdirektiivi artikliga 15. Sättes toodud alused ei ole iseseisvalt proportsionaalsed välismaalase kinnipidamiseks ning dokumentide kolmandatest riikides hankimise viibimise tõttu välismaalase kinnipidamine ei taga väljasaatmismenetluse efektiivsemat läbiviimist. Seejuures välismaalase mõjusfäärist väljaspool olevate asjaolude alusel välismaalaste kinnipidamine on selges vastuolus Euroopa Kohtu praktikaga. Sellest tulenevalt tuleks Eesti välismaalaste kinnipidamise regulatsiooni naasmisdirektiiviga kooskõlla viimiseks VSS § 15 lg 2 p 3 tühistada.

2.1.4. Kinnipidamise eeldused välismaalase kinnipidamiseks üle kuue kuu

Naasmisdirektiivi artikli 15(5) kohaselt võib välismaalast väljasaatmismenetluses pidada kinni maksimaalselt kuus kuud. Artiklist 15(6) tuleneb erand, mille kohaselt võivad liikmesriigid pikendada vastavat tähtaega täiendavalt 12 kuu võrra (s.o kokku kuni 18 kuuni) kahel juhul: kui väljasaatmise viibimine on tõenäoliselt põhjustatud asjaolust, et välismaalane ei tee koostööd või kui väljasaatmiseks vajalike dokumentide hankimine kolmandast riigist viibib.

päevakorra p 3. A/HRC/10/21. 16.02.2009, p 67, 82. ÜRO Inimõiguste Nõukogu. Report of the Working Group on Arbitrary Detention, El Hadji Malick Sow. 13. sessioon, päevakorra p 3. A/HRC/13/30, p 63.

¹⁸⁹ EKo C-61/11, *El Dridi*, p 42.

Tegemist on imperatiivsete alustega, mis peavad olema siseriiklikult sätestatud¹⁹⁰ ning selliselt on need reguleeritud ka VSS § 25 lg-s 2.¹⁹¹

Ehkki nagu eelnevalt mainitud, on Euroopa Kohtu praktikaga vastuolus välismaalaste kinnipidamine tulenevalt asjaoludest, mis on väljaspool välismaalase mõjusfääri,¹⁹² ei ole selliste asjaoludega arvestamine siiski vastuoluline naasmisdirektiivi artikli 15(6) alusel kinnipidamise pikendamisel. Kuigi *Mahdi* lahendis ei lahendanud Euroopa Kohus kolmandast riigist dokumentide hankimise viibimise küsimust, sisustas kohus siiski naasmisdirektiivi artikli 15(6) kohaldamise üldist põhimõtet. Nimelt leidis kohus, et direktiivi artiklis 15(6) toodud alternatiivide alusel välismaalase kinnipidamise pikendamiseks on tarvis esmalt kontrollida, kas välismaalase esialgne kinnipidamine kuni kuueks kuuks on olnud õiguspärane.¹⁹³ Seejuures on välismaalase üle kuue kuu kinnipidamise pikendamise vältimatuks eelduseks naasmisdirektiivi artikli 15 lõigetes 1, 3 ja 4 toodud aluste jätkuva esinemise kontroll.¹⁹⁴ Seega Euroopa Kohtu poolt direktiivi artiklile 15 antud tõlgenduse kohaselt saab üle kuue kuu kestav kinnipidamine artiklis 15(6) toodud alustel toimuda üksnes juhul, kui välismaalase suhtes esinevad jätkuvalt artikli 15 lõigetes 1, 3 ja 4 toodud eeldused.

Sellise tõlgenduse kohaselt ei ole rahvusvahelise kogukonna esile toodud murekohad enam aktuaalsed, kuivõrd riikidel peab piiratud juhtudel säilima nende suveräänsusest tulenev õigus kontrollida välismaalaste viibimist oma territooriumil. Seejuures kui välismaalane on põgenemisohtlik, peab riigil säilima rohkem võimalusi välismaalase suhtes sunnimeetmete kohaldamiseks ka siis, kui väljasaatmiseks vajalike dokumentide hankimine kolmandatest riikidest viibib. Ulatuslikum võimalus välismaalaste suhtes sunnimeetmete rakendamiseks on mõistagi põhjendatud siis, kui välismaalane keeldub pädeva asutusega koostöö tegemisest väljasaatmismenetluse edukaks läbiviimiseks. Samas on oluline rõhutada, et naasmisdirektiivis ette nähtud 18-kuuline kinnipidamine on võimalik üksnes direktiivi artiklis 15(6) toodud kahel alusel. Seega näiteks juhul kui välismaalane teeb pädeva asutusega piisavalt koostööd, tema tagasisaatmiseks on dokumendid hangitud, kuid ta on põgenemisohtlik ning teda ei ole suudetud nt logistilistel põhjustel enne kuue kuu möödumist riigist välja saata, ei ole välismaalast võimalik üle kuue kuu kinni pidada. Seda põhjusel, kuna logistilised tõrked

¹⁹⁰ Peers, lk 502.

¹⁹¹ Seejuures ei sisalda VSS § 25 lg 2 dokumentide puudumist eraldiseisva alusena – vrd VSS § 15 lg 2 p 3.

¹⁹² ÜRO Inimõiguste Nõukogu. Meelevaldse kinnipidamise töögrupi aruanne. U.N. Doc. A/HRC/10/21. 16.02.2009, p 67, 82. ÜRO Inimõiguste Nõukogu. Meelevaldse kinnipidamise töögrupi aruanne. U.N. Doc. A/HRC/13/30. 18.01.2010, p 63.

¹⁹³ EKo C-146/14, *Mahdi*, p 61, 69 jj.

¹⁹⁴ EKo C-146/14, *Mahdi*, p 69.

välismaalase väljasaatmisel ei ole sellisteks alusteks, mida oleks võimalik kohaldada naasmisdirektiivi artiklit 15(6) rakendades.

Lisaks üle kuue kuu kinnipidamise aluste problemaatikale on tingimata vaja arvestada ka naasmisdirektiivist tuleneva ajalise limiidi imperatiivsusega ning teiste tähtaja kulgemise arvestamise põhimõtetega. Euroopa Kohus on *Kadzoevi* lahendis seadnud selge piiri, et naasmisdirektiivi artiklis 15(6) sätestatud 18-kuuline välismaalaste kinnipidamise tähtaeg on lõplik.¹⁹⁵ Erinevatel aegadel naasmisdirektiivi alusel toiminud kinnipidamise ajad tuleb omavahel summeerida,¹⁹⁶ seejuures kinnipidamise tähtaja kulgemine 18-kuulise piiri arvestamisel ei peatu, kui välismaalane on vaidlustanud lahkumisettekirjutuse.¹⁹⁷ Euroopa Kohus märkis seejuures, et välismaalane tuleb 18-kuulise kinnipidamise tähtaja möödumisel vabastada viivitamatult ning välismaalase jätkuvat kinnipidamist naasmisdirektiivi alusel ei õigusta ka välismaalasest tulenevad erakorralised asjaolud nagu dokumentide puudumine, agressiivsus ega elamiseks vajalike materiaalsete vahendite puudumine. Lisaks, kuivõrd tegemist on eeskätt avaliku korra ja julgeolekuga seotud kaalutlustega, ei ole sellistel põhjustel rajanev välismaalase kinnipidamine naasmisdirektiivi alusel üldsegi võimalik.¹⁹⁸ Naasmisdirektiivi alusel oleks võimalik isikut kinni pidada uuesti üksnes juhul, kui välismaalase suhtes hakkab kulgema uus n-ö viibimisaluseta riigis viibimise tähtaeg, s.o kui välismaalane lahkub riigist ning siseneb riiki uuesti või kui välismaalane saab väljasaatmismenetluse käigus riigis viibimiseks aluse, ent tal ei õnnestu riigis viibimise alust hiljem uuendada.¹⁹⁹ Samas lahendis leidis kohus samuti, et 18 kuu tähtaja sisse saab arvestada üksnes naasmisdirektiivi alusel kohaldatavat kinnipidamist. Juhul kui välismaalane esitab väljasaatmismenetluse ajal varjupaigataotluse, ei arvestata 18-kuulise tähtaja sisse välismaalase kinnipidamist varjupaigamenetluses, kui välismaalase suhtes on tehtud eraldi otsus tema kinnipidamiseks varjupaigamenetluse reeglitest tulenevatel alusel.²⁰⁰ Varjupaiga taotluse esitamisel välismaalase suhtes algatatud väljasaatmismenetlus küll ei lõppe, ent sellisel juhul saab välismaalase kinnipidamise alus tuleneda direktiivi 2013/33 (edaspidi varjupaiga direktiiv)

¹⁹⁵ EKo C-357/09, *Kadzoev*, p 69.

¹⁹⁶ Hailbronner, lk 1544; vt ka EKo C-357/09, *Kadzoev*, p 51.

¹⁹⁷ EKo C-357/09, *Kadzoev*, p 53.

¹⁹⁸ EKo C-357/09, *Kadzoev*, p 68, 70.

¹⁹⁹ Peers, lk 503.

²⁰⁰ Juhul, kui isikut peetakse jätkuvalt kinni naasmisdirektiivist (mitte varjupaiga direktiivist) tulenevatel kaalutlustel, jätkub välismaalase suhtes naasmisdirektiivist tuleneva kinnipidamise tähtaja kulgemine. Vt EKo C-357/09, *Kadzoev*, p 43-48.

artiklist 8(3),²⁰¹ mistõttu naasmisdirektiivis ettenähtud tähtjalisi piirangud välismaalasele ei kohaldata.

Hinnates varjupaiga direktiivi artiklis 8(3) toodud välismaalase kinnipidamise aluseid, võib leida huvitava kombinatsiooni, mille puhul ei ole välistatud välismaalase poolt väljasaatmismenetluse eduka läbiviimise nurjamine selle varajases staadiumis. Nimelt näeb varjupaiga direktiivi artikli 8(3) p d ette võimaluse välismaalase kinnipidamiseks juhul, kui välismaalane on esitanud varjupaigataotluse eesmärgiga lükata edasi või nurjata tema väljasaatmismenetluse edukas läbiviimine. Kõnealune säte sisaldab selget viidet ka naasmisdirektiivile, mistõttu ei ole välistatud selline tõlgendus, mille kohaselt toimub sellisel juhul välismaalase kinnipidamine naasmisdirektiivist tulenevate eesmärkide täitmise tagamiseks. Lisaks, tulenevalt Euroopa Inimõiguste Kohtu käsitlest, ei tähenda pooleliolev varjupaigamenetlus iseenesest, et varjupaigataotluse esitanud isiku kinnipidamine ei toimu enam tema väljasaatmise tagamiseks.²⁰² Seega ei ole välistatud selline välismaalase kinnipidamise tähtaja kulgemise tõlgendus, mille kohaselt võetakse naasmisdirektiivist tuleneva tähtaja arvestamisel arvesse muu hulgas ka kinnipidamise aega, mille jooksul oli välismaalane peetud kinni varjupaiga direktiivi artikli 8(3) p d alusel. Samas kui sarnaselt esialgse õiguskaitse taotluse esitamisega lahkumisettekirjutuse täitmise peatamiseks ei võiks olla koostöö kohustuse rikkumisena käsitletav ka välismaalase poolt varjupaigataotluse esitamine, muutuks välismaalase väljasaatmine tulenevalt varjupaigamenetluse läbiviimise kohustusest naasmisdirektiivi artiklis 15(5) sätestatud tähtaja jooksul üsna peatselt perspektiivituks.

Sellele vaatamata ei tohiks oma õiguste kasutamine olla käsitletav muu kohustuse rikkumisena. Siinkohal ei tasuks segi paisata Euroopa Inimõiguste Kohtu ja Euroopa Kohtu tõlgendusi ning nende lähtekohti. Euroopa Inimõiguste Kohus on jõudnud ülaltoodud järeldusele väljasaatmismenetluse jätkuva kulgemise osas, lähtudes kinnipidamise võimalikust eesmärgist EIÕK artikli 5(1) p f mõttes. Seejuures, kuigi varjupaigamenetluses välismaalase kinnipidamine varjupaiga direktiivi artikli 8(3) p d alusel võib kätkeda endas ka naasmisdirektiivist tulenevaid eesmärke ning välismaalase poolt väljasaatmismenetluses varjupaigataotluse esitamine iseenesest väljasaatmismenetlust ei katkesta,²⁰³ ei pruugi see olla piisav, et nõustuda sellise tõlgendusega, mille kohaselt varjupaiga direktiivi artikli 8(3) p d

²⁰¹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2013/33/EL, millega sätestatakse rahvusvahelise kaitse taotlejate vastuvõtu nõuded (uuesti sõnastatud). – ELT L 180, 29.6.2013, lk 96-116.

²⁰² EIKo 62116/12, *Nabil vs. Ungari*, p 38.

²⁰³ EKo C-534/11, *Arslan*, 60; EKo C-601/15, *N*, p 76.

alusel välismaalase kinnipidamise aega tuleks arvestada ka naasmisdirektiivi artikli 15(5) või (6) tähtaegade arvestamisel.

Esiteks, Euroopa Kohus eristab selgelt erinevaid menetlusi ning kinnipidamise aluseks olevaid eeldusi ning on selgelt väljendanud, et varjupaigataotluse esitamise hetkest naasmisdirektiiv välismaalase suhtes ei kohaldu.²⁰⁴ Naasmisdirektiiv ei kohaldu välismaalase suhtes niikaua, kuni kulgeb ajavahemik varjupaigataotluse esitamisest kuni selle taotluse osas esimese astme otsuse langetamiseni või vajadusel kuni nimetatud otsuse peale esitatud kaebuse tulemuse selgumiseni.²⁰⁵ Teiseks, kui Euroopa Kohus formuleeris välismaalaste kinnipidamise võimaluse varjupaigamenetluses tulenevalt välismaalaste pahatahtlikust käitumisest, käsitles Euroopa Kohus seda kui kinnipidamise aluseks olevat asjaolu, mitte meedet naasmisdirektiivis seatud eesmärkide täitmiseks.²⁰⁶ Kolmandaks tuleb siinkohal arvestada ka naasmisdirektiivi artiklist 8(1) liikmesriikidele seatud kohustusega võtta kasutusele kõik meetmed, et tagada direktiivist tulenevate kohustuste täitmine ning hoiduda kõigist meetmetest, mis võivad ohustada direktiivi eesmärkide saavutamist.²⁰⁷ Kui õigem oleks kohaldada naasmisdirektiivi artikli 15(5) ja (6) tähtaegade suhtes sellist tõlgendust, mille kohaselt tuleb kinnipidamise tähtaja hulka arvestada ka seda aega, mil välismaalane on kinnipeetud varjupaiga direktiivi artikli 8(3) p d alusel, ei oleks teatud juhtudel riikidel objektiivset võimalust täita neile naasmisdirektiivist seatud kohustusi. Sellist olukorda saaksid välismaalased aga kergelt ära kasutada ning vältida nende kinnipidamist väljasaatmismenetluses.

Eeltoodud kaalutlustel leian, et naasmisdirektiivi artikli 15 lõigetes 5 ja 6 toodud tähtaegade kulgemise arvestamisel ei tuleks arvesse võtta varjupaiga direktiivi artikli 8(3) p d alusel välismaalase kinnipidamise aega. Vastupidine tõlgendus looks välismaalastele võimaluse kuritarvitada nii varjupaigasüsteemi kui ka naasmisdirektiivis seatud reeglistikku väljasaatmismenetluse nurjamiseks. Viimane oleks aga selgelt vastuolus Euroopa Kohtu poolt loodud menetluste eristamise põhimõttega ning naasmisdirektiivi eesmärkidega.

²⁰⁴ EKo C-357/09, *Kadzoev*, p 45; EKo C-534/11, *Arslan*, p 52; EKo C-601/15 N, p 75.

²⁰⁵ Vt naasmisdirektiivi preambula p 9; EKo C-534/11, *Arslan*, p 49.

²⁰⁶ EKo C-534/11, *Arslan*, p 50-63.

²⁰⁷ EKo C-329/11, *Achughbadian*, p 43.

2.2. Leebemate meetmete kohaldamise kohustus

Euroopa Kohus on märkinud, et isegi leebemate järelevalvemeetmete kohaldamine saab olla õigustatud üksnes erandlikel asjaoludel,²⁰⁸ mistõttu ei saa olla mõistlikku kahtlust selles, et isiku kinnipidamine eeldab esmalt põhjalikku ning asjakohast kaalutlust leebemate meetmete rakendamise kasuks. Kuivõrd lahkumisettekirjutuse vabatahtliku täitmise tähtaega ning sellega seonduvat pädeva asutuse kaalutusõigust ei saa arvestada välismaalase kinnipidamise üle otsustamisel, tuleb pädeval asutusel siiski kaaluda teiste võimalike järelevalvemeetmete rakendamist eduka väljasaatmise läbiviimise tagamiseks. Liikmesriikidele on antud õigus kohustada välismaalasi põgenemise ohu vältimiseks ilmuma korrapäraselt ametiasutusse, määrata piisav rahaline tagatis, kohustada välismaalast loovutama dokumente või viibida kindlaksmääratud kohas (art 7(3)). VSS-is on PPA kasutuses olevad järelevalvemeetmed sätestatud § 10 lg-s 2, millest direktiivi näitlikus loetelus toodust on PPA-l täiendav võimalus kohustada välismaalast ilmuma lahkumisettekirjutuse täitmist tagavate asjaolude selgitamiseks, kohustada välismaalast teavitama PPA-d elukohavahetusest või elukohast pikemast eemalviibimisest (s.o ei kohusta elama kindlas kohas) ning kohustada välismaalast teavitama PPA-d välismaalase perekonnaseisu muutumisest. Samas ei näe VSS ette võimalust küsida välismaalaselt väljasõidukohustuse täitmise tagamiseks rahalist tagatist. Euroopa Liidu liikmesriikides on lisaks ülal mainitule kasutuses leebemate järelevalvemeetmetena ka elektrooniline järelevalve, kolmanda isiku vastutus (*guarantor requirements*),²⁰⁹ sotsiaalhooldustöötaja järelevalve või sotsiaalhoolduse plaani rakendamine (*release to care worker or under a care plan*).²¹⁰

Naasmisdirektiivi preambula p 16 kohaselt on liikmesriikidel õigus väljasaatmise eesmärgil pidada välismaalasi kinni, ent seda üksnes olukorras, kui leebemate sunnimeetmete kasutamine ei oleks piisav. Leebemate meetmete kaalumise kohustus on sätestatud naasmisdirektiivi artiklis 15(1), mis annab aluse välismaalase kinnipidamiseks üksnes juhul, kui muid piisavaid, kuid leebemaid sunnimeetmeid ei ole konkreetsel juhul võimalik tulemuslikult kasutada. Ülaltoodud VSS § 10 lg-s 2 sätestatud konkreetsete järelevalvemeetmete kohaldamise võimalust tulebki kaaluda isiku kinnipidamise üle otsustamisel (VSS § 15 lg 2) sõltumata asjaolust, et naasmisdirektiivis on vastavad meetmed ette nähtud väljasõidukohustuse vabatahtliku täitmise tagamiseks. Tegemist on üldiste väljasaatmiskohustuse täitmist tagavate

²⁰⁸ EKo C-61/11, *El Dridi*, p 37.

²⁰⁹ Kolmanda isiku kohustus tagada välismaalase osavõtt väljasaatmismenetluses.

²¹⁰ Võimalus vabastada isik sotsiaaltöötaja hoole alla, kelleks on praktikas olnud näiteks kaplan, sotsiaaltöötaja, psühhiaater. Vt EMN uuring, lk 33 - 37.

meetmetega, elik tegemist ei ole meetmetega, mida oleks võimalik rakendada üksnes vabatahtliku väljasõidukohustuse täitmise tähtaja vältel (vt naasmisdirektiivi art 81(1) ja art 15(1)). Viimase abinõu kontseptsioon on välismaalaste kinnipidamisel möödapääsmatu, kuivõrd haldusõigusliku meetmena kohaldatakse isiku suhtes vabadust piiravat järelevalvet. Sellest tulenevalt on ka ilmne, et haldusõiguslik vabaduse piiramine saab igal juhul olla üksnes erand, mitte tava.²¹¹ Seega haldusõigusliku kinnipidamise võimalused peavad olema kitsalt piiritletud,²¹² mida on rahvusvahelise õiguse kohaselt kitsendatud mh vältimatuse põhimõttega.²¹³ Välismaalaste põhiõiguste järgmise eesmärgil on kinnipidamise ranget piiritlemist sedastanud ka Euroopa Kohus.²¹⁴

Direktiivis sõnastatud kohustus leebemate järelevalvemeetmete kohaldamiseks või kohaldamise kaalumiseks tekitab paratamatult mitmeid küsimusi sellise kohustuse täitmisel. Objektiivselt on selgusetu, kuidas peaks hindama leebema meetme sobivust eesmärgi tagamiseks, samuti ei ole selge, kuidas hinnata leebema meetme piisavat tõhusust või millisel juhul on võimalik pidada leebema meetme kohaldamise kaalumise kohustust täidetuks, et välismaalase kinnipidamist oleks võimalik pidada õiguspäraseks.

Kahtlemata on põhjendatud lugeda õigusvastaseks sellist välismaalase kinnipidamist, mille otsustamise käigus ei nähtu, et pädev asutus oleks leebemate meetmete kohaldamist üleüldsegi kaalunud. Sellist kinnipidamist on pidanud meelevaldseks nii EIK²¹⁵ kui ka ÜRO Inimõiguste Komitee.²¹⁶ Tegemist on ilmselge õigusvastasusega, kuivõrd sellisel juhul ei tuvastata välismaalase kinnipidamise vältimatut vajadust, mis on aga kehtiva õiguse kohaselt möödapääsmatuks eelduseks välismaalase kinnipidamiseks väljasaatmismenetluses.

Euroopa Kohus on leidnud, et välismaalase kinnipidamine väljasaatmiskohustuse täitmise tagamiseks on võimalik üksnes juhul, kui lahkumisettekirjutuse sundtäitmine võib igale konkreetsele olukorrale antud hinnangut arvestades asjaomase isiku käitumise tõttu

²¹¹ ÜRO Inimõiguste Nõukogu. Meelevaldse kinnipidamise töögrupi aruanne. U.N. Doc. A/HRC/13/30. 18.01.2010, p 59 jj.

²¹² ÜRO Inimõiguste Nõukogu. Meelevaldse kinnipidamise töögrupi aruanne. U.N. Doc. A/HRC/22/44. 24.12.2012, p 81.

²¹³ ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 1324/2004, *Shafiq vs. Austraalia*. U.N. Doc. CCPR/C/99/D/1324/2004 (2006), p 7.2; ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 560/1993, *A vs. Austraalia*. U.N. Doc. CPR/C/50/D/560/1993 (1997), p 9.2.

²¹⁴ EKo C-61/11, *El Dridi*, p 42.

²¹⁵ EIKo 34082/02, *Rusu vs. Austria*, p 48-59.

²¹⁶ ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 900/1999, *C vs. Austraalia*. U.N. Doc. CCPR/C/76/D/900/1999 (2002), p 8.2.

ebaõnnestuda.²¹⁷ Teisiti öeldes on välismaalase kinnipidamine väljasaatmiskohustuse täitmise tagamiseks lubatud üksnes juhul, kui sõltumata leebemate järelevalvemeetmete tõhususest, ei suuda tõenäoliselt ükski nendest meetmetest tulenevalt konkreetse välismaalasega seotud asjaoludest ning tema käitumisest tagada vastava välismaalase väljasaatmise edukat läbiviimist.

Tuleb seejuures toonitada, et pelgalt välismaalase põgenemise ohu tuvastamine või tõenäoliseks pidamine ei ole iseenesest automaatseks aluseks välismaalase kinnipidamiseks või isegi leebema järelevalve meetme kohaldamiseks. Nagu eelnevalt märgitud, tulenevalt naasmisdirektiivi artiklist 7(3) on riikidel võimalik kohaldada välismaalase suhtes kinnipidamisest leebemaid järelevalvemeetmeid põgenemise ohu korral. Euroopa Kohus on seejuures põgenemise ohu kontekstis leidnud, et enne välismaalase suhtes kinnipidamise kohaldamist tuleb siseriiklikul kohtul hinnata konkreetse välismaalase olukorra faktilisi asjaolusid ning teha kindlaks, kas selle välismaalase suhtes võib tõhusalt kohaldada leebemat meetet. Samas juhul, kui leebema meetme kohaldamine ei osutu võimalikuks, tuleb kohtul eraldi otsustada, kas sellisel juhul leebema meetme kohaldamata jätmisel säilib välismaalase puhul põgenemise oht.²¹⁸ Euroopa Kohtu selgitus on samas mõnevõrra segane, kuivõrd see lähtub vältimatu vajaduse hindamise kriteeriumi lahti sõnastamisel ebaloogilisest struktuurist märkides, et põgenemise ohu olemasolu tuleks väidetavalt kontrollida ka pärast leebemate järelevalvemeetmete kasutamise võimatuse tuvastamist. Samas ei ole võimalik leebemaid järelevalvemeetmeid üleüldsegi kohaldada, kui välismaalase puhul ei esine põgenemise ohtu (art 7(3)). Seega kuivõrd põgenemise ohu kontekstis järelevalvemeetmete kohaldamise kaalumise tingibki põgenemise oht, puudub mõistlik vajadus põgenemise ohu jätkuva esinemise kontrollimiseks, kui puudub võimalus kohaldada leebemaid järelevalvemeetmeid. Sellisel juhul ei muutu vastava kontrolli teostamise tagajärjel välismaalasest tulenev põgenemise oht mingilgi määral.

On tõenäoline, et Euroopa Kohus lähtus vältimatu vajaduse selgitamisel naasmisdirektiivi art 15(1) struktuurist, ega pööranud tähelepanu üldistele järelevalvemeetmete kohaldamise eeldustele. Sellest tulenevalt jäi Euroopa Kohtu poolt selgelt väljendamatata see, kuidas oleks võimalik hinnata leebema järelevalvemeetme tõhusust, kui selle kohaldamine on siiski

²¹⁷ EKo C-61/11, *El Dridi*, p 39.

²¹⁸ EKo C-146/11, *Mahdi*, p 72.

võimalik, või millise ulatuseni peaks leebem järelevalve meede tagama eduka väljasõidukohustuse täideviimist.²¹⁹

Olen seisukohal, et leebemate järelevalvemeetmete kasutamise võimalikkuse hindamiseks on tarvis esmalt teha kindlaks, millisel alusel soovitakse välismaalase kinnipidamist kohaldada. Seejuures iga erineva aluse juures tuleb ka selgelt eristada, mida soovitakse järelevalvemeetme kohaldamisega saavutada, et oleks järelevalvemeetme kohaldamise vajadust üleüldsegi võimalik hinnata. Samas ükski leebematest järelevalvemeetmetest ei taga olemuslikult edukat väljasaatmist selliselt nagu välismaalase kinnipidamine, mistõttu järelevalvemeetme kohaldamise vajalikkuse hindamisel tuleb lähtuda teistest kaalutlustest. Nii on näiteks põhjendatud hinnata välismaalase kinnipidamise üle otsustamisel kinnipidamise mõju põgenemisohu minimeerimisele võrreldes teiste, leebemate järelevalve meetmetega, kui välismaalast soovitakse pidada kinni tulenevalt põgenemise ohust. Juhul kui välismaalast soovitakse kinni pidada tulenevalt tema väljasaatmise takistamisele suunatud tegevusest või tegevusetusest, tuleks leebemate järelevalvemeetmete rakendamise võimaluse kaalumisel hinnata erinevate meetmete mõju välismaalase motiveerimisele.

Olles tuvastanud konkreetse kinnipidamise tingiva aluse, tuleb asuda hindama, kas konkreetne hinnatav leebem järelevalvemeede tagaks kinnipidamisega sama eesmärgi täitmise või ei osutu leebem järelevalvemeede siiski piisavalt tõhusaks. Käsitledes leebemate järelevalvemeetmete kasutamise võimalikkust, on oluline märkida, et leebema meetme kohaldamise võimalikkuse hindamisel ei ole võimalik lähtuda eeldusest, et leebemad meetmed peaksid välistama põgenemise ohu või tagama välismaalase väljasaatmise efektiivsust samaväärselt välismaalase kinnipidamisega. Asudes vastupidisele seisukohale, võib jõuda ohtlikule järeldusele, et kinnipidamine on igal juhul võimalik, kuivõrd ükski leebematest järelevalvemeetmetest ei suuda objektiivselt tagada samu garantiisid, väljasaatmismenetluse efektiivsust või tulemust, mida on võimalik saavutada välismaalase kinnipidamisega. Kas või näiteks põgenemise ohu puhul, mis on määratlemata õigusmõiste, on ilmne, et välismaalast kinni pidamata esineb ilmselgelt suurem põgenemise oht, kui isikut kinni pidades. Samuti avaldab kahtlemata kinnipidamine kõige suuremat mõju sundimaks välismaalast koostööle, riivates seejuures PPA kasutuses olevatest meetmetest kõige enam välismaalase õigusi. Teisalt tuleb jällegi arvestada naasmisdirektiivi kehtestamise ühe peamise eesmärgiga, milleks oli luua ühtsed reeglid tõhusa tagasisaatmis- ja repatrieerimispoliitika elluviimiseks, ehk riikidele tuleneb naasmisdirektiivist

²¹⁹ Euroopa Kohus märkis üksnes, et kinnipidamist on võimalik kohaldada juhul, kui leebemate meetmete kohaldamine ei ole võimalik.

kohustus viibimisalusetas isikut liidu territooriumilt kiirelt ja efektiivselt välja saata (art 8(1)).²²⁰ Seega leebemate järelevalvemeetmete kohaldamise võimaluse hindamisel ei saa lähtuda ka sellest, et kuivõrd leebemad järelevalvemeetmed ei suuda tagada samu garantiisid, mis välismaalase kinnipidamine, tuleks igal juhul kohaldada välismaalasi vähem koormavaid lebemaids järelevalvemeetmeid.

Kuivõrd vastava hinnangu andmisel on tegemist prognoosotsusega, oleks mõistlik, kui leebema meetme kohaldamisega saavutataks piisav tõenäosus, et vastav meede tagab välismaalase väljasaatmismenetluse eduka läbiviimise. Seejuures tasub märkida, et kuna leebemate järelevalvemeetmete rakendamisel võib pikeneda ka välismaalase väljasaatmise aeg,²²¹ on igal juhul mõistlik, et leebema järelevalvemeetme rakendamise korral kannatab piiratud määral ka väljasaatmise efektiivsus. Väljasaatmise efektiivsuse langus ei saa aga leebemate meetmete kohaldamise võimaluse hindamisel olla selline, mis tõenäoliselt välistaks välismaalase väljasaatmise.

Võttes eeltoodu kokku, tuleks kinnipidamise leebemate meetmete kohaldamise võimaluse tuvastamiseks hinnata esmalt tuvastada eelduste olemasolu, mis on vajalikud välismaalase kinnipidamiseks (VSS § 15 lg 2). Seejärel tuleb kohtul, lähtudes konkreetse välismaalasega seotud olulistest asjaoludest hinnata, kas konkreetsel juhul oleks võimalik kohaldada lebemaids järelevalvemeetmeid kinnipidamise alusest tuleneva riski minimeerimiseks elik kas konkreetsed leebemad järelevalvemeetmed tagaksid piisava tõenäosusega välismaalase väljasaatmise eduka läbiviimise.²²² Välismaalase kinnipidamine on seejuures võimalik üksnes juhul, kui seaduses ette nähtud leebemate järelevalvemeetmete kohaldamine ei suudaks piisava tõenäosusega tagada välismaalase väljasõidukohustuse täitmist.

2.3. Proportsionaalsus

Euroopa Liidu põhiõiguste hartast tuleneb, et piirangud isikute liikumisvabadusele on võimalikud üksnes juhul, kui need on vajalikud ja proportsionaalsed ning tagavad ühiseid huve, mida Liit tunnistab (vt art 6 ja 52(1)). Vaatamata asjaolule, et naasmisdirektiivi esialgses eelnõus sooviti välismaalaste kinnipidamist kohaldada automaatse meetmena,²²³ võeti direktiiv

²²⁰ Vt ka naasmisdirektiivi preambula p 2, 11; samuti EKo C-329/11, *Achughbadian*, p 43, 45.

²²¹ Välismaalane ei ole igal ajal kättesaadav nagu kinnipidamisasutuses, toimingute tegemiseks on tarvis kokku leppida kokkusaamiseks aeg jne. Vt täiendavalt ka Läti näitel EMN uuring, lk 38.

²²² /.../ *in a specific case*. Vt naasmisdirektiivi art 15(1).

²²³ A. Baldaccini. The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive. – European Journal of Migration and Law 2009/11, lk 13.

vastu siiski sõnastuses, mis kohustas liikmesriike kontrollima välismaalaste suhtes kohaldatava kinnipidamise proportsionaalsust. Seejuures kätkeb naasmisdirektiiv proportsionaalsuse põhimõtet kogu regulatsiooni ulatuses, kuivõrd direktiiv julgustab riike kohaldama vabatahtliku väljasõidukohustuse täitmise tähtaja määramist ning kinnipidamise asemel leebemate meetmete rakendamist (vt ka käesoleva töö p 0).²²⁴

Välismaalaste kinnipidamise proportsionaalsus on möödapääsmatuks eelduseks ka rahvusvahelise õiguse kohaselt.²²⁵ WGAD andmetel on üheks põhiliseks omavalilise kinnipidamise põhjuseks vähene või puudulik tähelepanu meetme proportsionaalsusele välismaalase suhtes taotletava eesmärgi saavutamisel.²²⁶ Seejuures kui EIÕK tõlgendamisel on Euroopa Inimõiguste Kohus vältinud täiendavate aluste esinemise kohustuslikkust välismaalaste kinnipidamisel, on kinnipidamise proportsionaalsus elemendiks, mida tuleb kohaldada ka EIÕK artikli 5(1) p f rakendamisel.²²⁷ Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse kohaldamisel on proportsionaalsus olnud kohustuslikuks elemendiks ka enne naasmisdirektiivi ülevõtmist, kui Riigikohus sidus väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse alusel välismaalase kinnipidamise põhiseadusest tuleneva proportsionaalsuse põhimõttega ning välistas kinnipidamise, kui välismaalase väljasaatmine ei ole perspektiivne.²²⁸ Seejuures välismaalase kinnipidamine ei ole proportsionaalne ka juhul, kui välismaalase väljasaatmise perspektiivitus on ilmne enne välismaalase kinnipidamist. Sellisel juhul oleks välismaalase kinnipidamine olemuslikult karistusliku iseloomuga, kuivõrd kinnipidamisega ei oleks võimalik saavutada migratsioonilist eesmärki, mistõttu välismaalase vabaduse piiramine ei saa mitte mingil juhul olla välismaalase suhtes mõõdukas. Seega välismaalase kinnipidamise üle otsustamisel tuleb sõltumata kõigi eelnevalt käsitletud eelduste olemasolust hinnata ka meetme rakendamise proportsionaalsust konkreetse välismaalase suhtes.

Naasmisdirektiivist tulenev proportsionaalsuse kohustus ei kattu samas Eesti haldusõiguse üldise proportsionaalsuse kontseptsiooniga, vaid tegemist on proportsionaalsusega kitsamas mõttes ehk kohaldatava meetme mõõdukusega. Olen sellisel seisukohal, kuna naasmisdirektiivi

²²⁴ Vt naasmisdirektiivi preambula p 13, 16.

²²⁵ ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 560/1993, *A vs. Austraalia*. U.N. Doc. CPR/C/50/D/560/1993 (1997), p 9.4.

²²⁶ ÜRO Inimõiguste Komisjon. Meelevaldse kinnipidamise töögrupi aruanne. U.N. Doc. E/CN.4/2004/3. 15.12.2003, lk 18, 19, 20.

²²⁷ Kinnipidamine ei või olla taotletava eesmärgi täitmise suhtes ebaproportsionaalselt pikk, vt EIKo 22414/93, *Chahal vs. Ühendkuningriik*, p 118-123.

²²⁸ RKHKo 3-3-1-45-06, p 10.

artikli 15 sõnastus kohustab iseseisvalt kontrollima meetme vajalikkust ning ka sobivust,²²⁹ mistõttu proportsionaalsuse hindamisel oleks tarbetu kontrollida kahte esimest elementi uuesti. Sellisel juhul oleks tegelikult ka selgusetu topeltkontrolli standard (kas kontrollitavad alused ja eeldused on samad) ning kontrolli tulemusel saadud järelduse tähendus eelnevalt samade kriteeriumide osas läbi viidud kontrolli osas, kui mingil põhjusel peaks tulemus erinema. Seega kinnipidamise proportsionaalsuse hindamisel naasmisdirektiivi artikli 15(1) kohaldamisel tuleks hinnata kinnipidamise proportsionaalsust kitsamas mõttes ehk selle meetme mõõdukust välismaalase suhtes.

Hindamaks kinnipidamise proportsionaalsust, on esmalt tarvis välja selgitada, millistele kaalutlustele on võimalik tugineda proportsionaalsuse kontrollimisel. Nagu eelnevalt juba käsitletud, on õiguspäraseks riigipoolseks huviks välismaalase kinnipidamisel väljasaatmismenetluses üksnes välismaalase väljasaatmisega seonduv (vt käesoleva töö p **Error! Reference source not found.**). Teisiti öeldes on riigi poolseks huviks üksnes välismaalase kohalviibimise tagamine väljasaatmise ajal ning välismaalase suhtes mõju avaldamine väljasaatmismenetluse edukaks läbiviimiseks. Välismaalaste kinnipidamisel ei ole riigi huve sisustades võimalik lähtuda riigi julgeolekust, avalikust korrast (laiemas mõttes kui üksnes väljasaatmismenetlus) või muust avalikust huvist, mida välismaalaste õiguse regulatsioon ei võimalda kinnipidamisel arvesse võtta. Nii ei ole näiteks täpne Riigikohtu 2006. aastal esitatud seisukoht, mille kohaselt vastandub välismaalaste kinnipidamisel välismaalaste põhiõigustega avalik huvi tagada riiklik julgeolek.²³⁰ Oluliselt täpsem oleks välismaalaste põhiõigustega vastanduvat huvi sõnastada avaliku huvina väljasaatmismenetluse eduka läbiviimise tagamiseks, s.o välismaalase kohalviibimise tagamiseks väljasaatmise edukaks läbiviimiseks või välismaalase suhtes mõju avaldamiseks väljasaatmise eduka läbiviimise eesmärgil.

Välismaalase põhiõigustest vastanduvad avalikule huvile välismaalase kinnipidamisel kõige enam just välismaalase õigus vabadusele. Samas on ilmne, et tegemist ei ole ainsa välismaalase riivatava õigusega, mistõttu tuleb proportsionaalsuse hindamisel võtta arvesse teisi välismaalase põhiõigusi. On ilmne, et igasugune kinnipidamine, sh migratsioonilistel kaalutlustel, tekitab kahjulikke tagajärgi ning süvendab juba olemasolevaid probleeme,

²²⁹ Sobivus tuleneb kinnipidamise konkreetsest alusest (art 15(1) p-d a ja b) ning vajalikkus tuleneb leebemate meetmete kohaldamise võimatusest (art 15(1)).

²³⁰ RKHKo 3-3-1-45-06, p 13.

seejuures ei ole välistatud, et tekkida võivad ka uued tervisehäireid.²³¹ Seega tuleb välismaalase kinnipidamisel tingimata arvestada kinnipidamise mõjuga kinnipeetava füüsilisele ja vaimsele tervisele (vt ka naasmisdirektiivi art 5 p c).²³² Lisaks on Riigikohus võtnud välismaalase kinnipidamisel arvesse välismaalase perekonnaelu puutumatust,²³³ millega kohustab arvestama ka naasmisdirektiivi artikli 5 p b. Direktiivi artikli 5 kohaselt tuleb tingimata arvestada ka lapse parimate huvidega, kusjuures alaealiste ja perekondade kinnipidamisel on naasmisdirektiivis koguni kõrgendatud standarditega kinnipidamise alused (vt art 17). Riigikohus on lisaks leidnud, et välismaalase kinnipidamine ei saa välismaalase põhiõigustele tuua kaasa tagajärgi, mis on pöördumatud või hilisema õiguskaitse korras ebamõistlikult keeruliselt heastatavad.²³⁴

Praktikas kujutab endast proportsionaalsuse põhimõtte kohaldamine välismaalase kinnipidamisel eelkõige seda, et riigid ei saa sätestada reegleid ega kohaldada sellist halduspraktikat, mille kohaselt üks või teine olustik on automaatseks eelduseks välismaalase kinnipidamiseks.²³⁵ Liikmesriikidel lasub kohustus kontrollida kinnipidamise proportsionaalsust (sõltumata olustikulisest alusest kinnipidamise kohaldamiseks), lähtudes konkreetsetest välismaalast puudutavatest olulistest asjaoludest ning arvestada piisavalt välismaalase riivatavate õigustega. Näiteks ei ole Euroopa Kohus pidanud õigeks oletada, et isik on esitanud varjupaigataotluse eesmärgiga lükata edasi või nurjata tema riigist väljasaatmine, hindamata eelnevalt üksikasjalikult kõiki asjassepuutuvaid tegureid.²³⁶ Ehkki viidatud seisukoha kujundas Euroopa Kohus hinnates kinnipidamise proportsionaalsust varjupaigamenetluses, kehtib sarnaselt naasmisdirektiivile ka varjupaiga direktiivis põhimõte, mille kohaselt tuleb isiku kinnipidamisel hinnata igat juhtumit eraldi (varjupaiga direktiivi art 8(2)). Seega kinnipidamise proportsionaalsuse hindamisel on oluline kaaluda kõiki asjasse puutuvaid välismaalasega seotud olulisi asjaolusid. Seejuures kinnipidamise olustikuliste aluste esinemine ei loo automaatset eeldust välismaalase kinnipidamiseks, vaid riigil säilib kohustus kontrollida kinnipidamise kohaldamise proportsionaalsust.

²³¹ Jesuit Refugee Service. *Becoming Vulnerable in Detention*. June 2010, lk 9 jj. Kuigi analüüs käsitleb varjupaigataotlejaid, on järeldused üle kantavad ka välismaalastele, kuivõrd nende kinnipidamise tingimused on samad.

²³² Kinnipidamise mõju välismaalase tervisele on peetud vajalikuks arvesse võtta ka rahvusvahelises õiguses. ÜRO Inimõiguste Komitee. General Comment No. 35: Article 9 (Liberty, security of person). U.N. Doc. CCPR/C/GC/35. 16.12.2014, lk 6.

²³³ Riigikohus pidas võimalikuks arvestada välismaalase perekonnaelu puutumatusega välismaalase kinnipidamisel, võttes arvesse sidemeid välismaalase perekonnaliikmetega vabaduses. RKHKo 3-3-1-45-06, p 13, 24.

²³⁴ RKHKo 3-3-1-84-11, p 33.

²³⁵ EKo C-554/13, *Zh*, p 69, 70.

²³⁶ EKo C-534/11, *Arslan*, p 62.

KOKKUVÕTE

Magistritöö eesmärgiks oli välja selgitada, kas väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduses sisalduv väljasaatmismenetluse tagamiseks ette nähtud välismaalaste kinnipidamise regulatsioon on kooskõlas naasmisdirektiivi kinnipidamise sätetega. Töös läbi viidud analüüsi tulemusel selgus, et naasmisdirektiivis reguleeritud välismaalaste kinnipidamise kriteeriumid võimaldavad välismaalasi kinni pidada üksnes välismaalase kohalviibimise tagamiseks väljasaatmise läbiviimisel või välismaalasele mõju avaldamiseks väljasaatmismenetluse edukaks läbiviimiseks. Sellele vaatamata lubavad naasmisdirektiivi kinnipidamise sätted võtta liikmesriikidel vastu selliseid regulatsioone, mis võimaldavad liikmesriikidel pidada välismaalasi kinni ilma suurema vaevata. Samas on Euroopa Kohus neid kriteeriume tõlgendanud kitsalt, millest johtuvalt on liikmesriikide kaalutusõigus piiratum, kui naasmisdirektiivi sõnastus seda pealtnäha kajastab. Selle valguses leidsin, et väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduses sisalduv välismaalaste kinnipidamise regulatsioon on välismaalase suhtes kohati naasmisdirektiivist lubamatult rangem.

Käesoleva töö tulemusel selgus, et Eesti kinnipidamise regulatsioon on direktiiviga vastuolus osas, milles see näeb ühe alusena ette võimaluse pidada välismaalast väljasaatmismenetluses kinni, kui välismaalasel puuduvad dokumendid. Vastava eelduse ning ka sellesisulise halduspraktika osas on Euroopa Kohus võtnud *Mahdi* lahendis selge seisukoha, et tegemist ei ole piisava eraldiseisva alusega välismaalase kinnipidamiseks üle kuue kuu. Kuigi Euroopa Kohus ei pidanud hindama dokumendi puudumist eraldiseisva alusena esialgsel kinnipidamisel, oli kohtujurist seisukohal, et tegemist ei ole välismaalase kinnipidamiseks õiguspärase iseseisva alusega. Eeltoodust tulenevalt jõudsin magistritöös järeldusele, et dokumendi puudumine ei ole iseseisva alusena piisav ega proportsionaalne, et selle esinemisel oleks välismaalase kinnipidamine õiguspärane. Sellest johtuvalt on VSS § 15 lg 2 p 3 esimene alternatiiv vastuolus naasmisdirektiivi artikliga 15(1).

Lisaks on Eesti õiguses kinnipidamise eraldiseisva alusena ebaõigesti üle võetud välisriigist dokumentide hankimise viibimine, mis on naasmisdirektiivis iseseisva alusena sätestatud üksnes kinnipidamise tähtaja pikendamisel üle kuuekuulise tähtaja. Eesti seadusandjal on jäänud tähelepanuta naasmisdirektiivis esitatud kinnipidamise aluste omavaheline seos ning nende kohaldamise erinevad eeldused, võrdsustades põhjendamatult kõiki naasmisdirektiivis toodud aluseid. Naasmisdirektiiv ei luba välismaalasi kinni pidada üksnes kolmandatest riikidest dokumentide hankimise viibimise põhjusel, vaid sellel alusel lubab direktiiv üksnes pikendada välismaalase kinnipidamist üle kuuekuulise tähtaja, kui esinevad jätkuvalt esialgse

kinnipidamise alused. Esialgseks kinnipidamise aluseks ei ole aga eesmärgipärane lugeda asjaolu, mis ei ulatu vähimalgi määral välismaalase mõjusfääri, kuivõrd selle alusel välismaalase kinnipidamine ei saa täita kinnipidamise eesmärki. Eeltoodust tulenevalt on VSS § 15 lg 2 p 3 teine alternatiiv vastuolus naasmisdirektiivi artikliga 15(1).

Eelkirjeldatud vastuolude puhul asusin seisukohale, et tegemist on selliste ilmselgete vastuoludega, mille osas Eesti regulatsiooni naasmisdirektiiviga kooskõlla viimiseks tuleks vastavad sätted kehtetuks tunnistada.

Samuti ei ole Eesti õigus naasmisdirektiiviga kooskõlas osas, milles see näeb ette võimaluse lugeda põgenemise ohuks põhjendatud kahtlust välismaalase isikusamasuse või tema kodakondsuse osas. Naasmisdirektiiv on liikmesriikidele näinud ette võimaluse põgenemise ohu eelduse seaduses sätestamiseks, lähtudes üksnes objektiivsetest kriteeriumidest. Põhjendatud kahtlus on aga määratlemata õigusmõiste, millel puudub piisav selgus ning vajalik objektiivsus, et selline regulatsioon oleks kooskõlas naasmisdirektiiviga. Sellest tulenevalt on VSS § 6⁸ p 3 vastuolus naasmisdirektiivi artikliga 3(7). Kirjeldatud vastuolu kõrvaldamiseks tuleks põgenemise ohu eeldus sõnastada järgmiselt: „*välismaalane on enda isikusamasuse või kodakondsuse kohta esitanud väljasaatmismenetluses võltsitud dokumendi või valeandmeid või on keeldunud vastavate andmete avaldamisest.*“

Lisaks on väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse kinnipidamise regulatsioon vastuolus naasmisdirektiivi kinnipidamise sätetega osas, milles Eesti regulatsioon jätab välismaalase kinnipidamise aluste loetelu avatuks (*eelkõige kui*). Põhjus, miks selline regulatsioon on direktiiviga vastuolus, seisneb selles, et naasmisdirektiivi kohaselt on küll liikmesriikidele jäetud võimalus sätestada seaduses lisaks direktiivis toodud alustele täiendavaid aluseid välismaalaste kinnipidamiseks, kuid naasmisdirektiivi artikkel 15(1) ei võimalda jätta liikmesriikidel vastavat loetelu riigisisese õiguses avatuks. Eesti regulatsiooni naasmisdirektiivi kinnipidamise regulatsiooniga kooskõlla viimiseks tuleks muuta seadust viisil, mis sätestaks välismaalaste kinnipidamise alused ammendavalt.

Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse kinnipidamise regulatsioon on vastuolus naasmisdirektiiviga samuti osas, milles see sätestab põgenemise ohu vältimatu esinemise (VSS § 6⁸ – *põgenemise oht esineb, kui*). Naasmisdirektiiv võimaldab liikmesriikidel sätestada üksnes põgenemise ohu esinemise eelduse, et kinnipidamise üle otsustamisel vähendada põgenemise ohu tõendamiskoormist. Direktiiv ei võimalda aga riikidel sätestada seaduses põgenemise ohu ümberlökkamatut esinemist, kuivõrd selline regulatsioon läheb vastuollu naasmisdirektiivi läbiva põhimõttega, mille kohaselt kõik naasmisdirektiivi kohaldamisalas vastuvõetavad

otsused peavad lähtuma kõikidest olulistest välismaalast puudutavatest asjaoludest. Viidatud vastuolu kõrvaldamiseks ei piisaks ka kinnipidamise vältimatu vajaduse või proportsionaalsuse kontrollist, kuivõrd sellisel juhul jääks välismaalasele vähem seadusest tulenevaid tagatisi, kui seda võimaldab naasmisdirektiiv. Eeltoodust tulenevalt tuleks Eesti regulatsiooni muuta viisil, mis sätestaks põgenemise ohu esinemise asemel põgenemise ohu esinemise eelduse. Selleks tuleks muuta kehtivat VSS § 6⁸ teise lause algust, sõnastades selle järgmiselt: *“põgenemise ohtu eeldatakse, kui.”*

Eesti õiguses olev välismaalaste kinnipidamise regulatsioon on kohati struktureeritud viisil, mis annab aluse selle tõlgendamiseks välismaalase suhtes naasmisdirektiivist lubamatult soodsamal kujul, võimaldamata välismaalase kinnipidamise üle otsustamisel võtta arvesse välismaalase poolt koostöökohustuse rikkumist, kui välismaalast ei ole veel kinni peetud. Täpsemalt on Eesti õiguse põhjal võimalik jõuda järeldusele, et välismaalase keeldumist vabaduses viibides väljasaatmiseks vajalike dokumentide hankimiseks ei ole võimalik lugeda kaasaaitamiskohustuse rikkumiseks, kuna kaasaaitamiskohustuse täpne sisu on reguleeritud kinnipidamise peatükis ning vabaduses viibiva välismaalase suhtes ei tulene seadusest vahetut kohustust hankida dokumente. Kuigi Riigikohus on asunud välismaalase kaasaaitamiskohustust tõlgendama laiemalt ning seaduse eesmärgipärasel tõlgendamisel ei saa eeltoodud järeldusele jõuda, tuleks selguse huvides kaasaaitamiskohustuse sisu reguleerida väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduses üldnormina.

Väljasaatmise läbiviimise perspektiivikuse hindamise osas on väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse regulatsioon ja Riigikohtu praktika naasmisdirektiiviga kooskõlas. Riigikohus on juba enne naasmisdirektiivi ülevõtmist asunud seisukohale, et väljasaatmise perspektiivituse korral ei ole välismaalase kinnipidamine õiguspärane. Seejuures ei saa välismaalase poolt kaasaaitamiskohustuse rikkumist väljasaatmise perspektiivikuse hindamisel arvesse võtta. Jõudsin analüüsi tulemusel järeldusele, et kaasaaitamiskohustuse rikkumist võib siiski arvestada, kuid üksnes ulatuses, milles tuleb määratleda väljasaatmismenetluse perspektiivikuse hindamise periood. Teisiti öeldes mõjutab kaasaaitamiskohustuse rikkumine perspektiivikuse hindamisel üksnes seda, et väljasaatmise perspektiivikust asutakse hindama 18-kuulise, mitte kuuekuulise perioodi lõikes.

Samuti on Eesti senine kohtupraktika kooskõlas Euroopa Kohtu tõlgendusega kinnipidamise maksimaalse tähtaja ja väljasaatmise perspektiivikuse osas. Tallinna Ringkonnakohus ei võimaldanud pidada välismaalast kinni maksimaalse tähtajani olukorras, kus väljasaatmine oli muutunud perspektiivituks. Väljasaatmise perspektiivide hindamisel tuleb lähtuda kõigist olulistest asjaoludest ning sõltumata koostöö puudumisest või väljasaatmiseks vajalike

dokumentide viibimisest, ei ole välismaalase jätkuv kinnipidamine õiguspärane, kui väljasaatmist ei oleks võimalik maksimaalse kinnipidamise tähtaja jooksul läbi viia ka kinnipidamise aluste äralangemisel. Lisaks ei ole sellises olukorras välismaalase jätkuv kinnipidamine enam eesmärgipärane, kuivõrd sellisel juhul oleks välismaalase kinnipidamisel karistuslik iseloom.

The Conformance of Estonian Law with the Provisions of Directive 2008/115/EC related to Detention of Third Country Nationals

Résumé

The Master's thesis analyses whether Estonian law is in conformance with the provisions of Directive 2008/115/EC (hereinafter Return Directive) related to detention of third-country nationals.²³⁷ The Return Directive sets out common standards and procedures to be applied in Member States for returning illegally staying third-country nationals, in accordance with fundamental rights as general principles of Community law as well as International law, including refugee protection and human rights obligations. The Return Directive sets also specific rules to be applied by the Member States in order to apply detention for the purpose of successive removal of the illegally staying third-country nationals. The wording of the detention regulation set out in Return Directive is however quite open for different interpretations of the Member States.

As it seems from the study of European Migration Network,²³⁸ Member States are interpreting the detention provisions of Return Directive quite widely as well. Despite the actual purpose of immigration detention, which is to ensure a successive removal, many states have made it possible to apply immigration detention under the Return Directive for the purpose of public order and safety or state security. However, those reasons cannot be applied for immigration detention under Return Directive. In addition, many of the prerequisites for detention brought out in the EMN study are not autonomously proportionate to allow lawful detention.

Taking into account the migration crisis that is occurring in Europe, it is essential to overlook the conformity of Estonian law related to detention of third-country nationals with the provisions of the Return Directive. The thesis aims to analyse closely the purposes of immigration detention, the requirements for the return procedure in order to apply detention, and the specific requirements for placing a third-country national in a detention facility for the period of removal process. For these reasons the provisions of Estonian law and its court practice are compared with the provisions of Return Directive, taking also into account the

²³⁷ The term „third-country national“ is used within the meaning given in the Return Directive.

²³⁸ European Commission. The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies: Synthesis Report of the EMN Focussed Study 2014.

practice of European Court of Justice, European Court of Human Rights²³⁹ and International Law.

The thesis argues that the migration detention provisions of Estonian law are not fully in conformity with the Return Directive. First of all, the wording of Estonian law regarding the specific provisions leaves the list of the exact situations for applying the migration detention open the same way, as it is for the Member States in the Return Directive. Despite the fact that according to Return Directive the Member States have the opportunity to set out additional reasons to apply migration detention, the Return Directive does not allow Member States to leave the list of specific provisions opened. Such regulation is clearly not in conformity with International Law, which precludes any detention, which is not clearly prescribed by law. Therefore, the Estonian regulation, which allows the competent body to apply detention for any reason that is not explicitly set out in the law, is counter to Return Directive. The list of such reasons for applying detention must be exhaustive.

Also, the thesis shows that there are specific provisions that have been enacted after taking over the Return Directive, which are not in conformity with the purposes of detention or they are not proportionate in this regard. Firstly, according to Estonian law, one reason for applying detention is when third-country national is lacking documents. Even though travel documents are essential to conduct a successive removal, it has been found that purely lacking of documents is not sufficient ground to apply detention in the removal process. It has been found so taking into account the practice of European Court of Justice, which had analysed this question concerning prolonging the detention of third-country national over the period of six months. In particular case the Court did not take any stance in regard to applying detention for only such reason, however the Advocate General clearly showed that applying detention purely for the reason of lacking documents would be not in conformity with the Return Directive.

Secondly, Estonian law is not in conformity with the Return Directive, due to allowance of migration detention, if there are delays in obtaining the necessary documentation from third countries. Even though such provision is set in Return Directive, it may be applied only in situations, when the period of detention needs to be prolonged over six months. However, any delays in obtaining such documents from third countries cannot be a pure reason for detaining a third-country national in the first place. The European Court of Justice has clearly expressed that deprivation of liberty of the third-country national may be possible only if the enforcement

²³⁹ Due to the fact that the standards of European Convention of Human Rights sets a lower standard for immigration detention, the practice of European Court of Human Rights is taken into account only to the extent it sets the same standards as Return Directive.

of the return decision in the form of removal risks being compromised by the conduct of the person concerned. Therefore, if any of the circumstances are not within the sphere of third-country national, such reasons may not be applied when depriving person's liberty. For these reasons it is found in the thesis, that such provisions (lacking documents and delay of obtaining documents as prerequisite for detention) in Estonian law shall be annulled.

Furthermore, in Estonian law there are criteria of circumstances that should assume existence of absconding risk, which cannot be taken as objective. According to Estonian regulation, there is risk of absconding if there is a reasoned doubt regarding the identity or citizenship of the alien. However, Return Directive allows Member States to define such criteria and the presumption of absconding risk, based only on objective criteria. The mere fact that any such criteria has to be objective precludes definition of such criteria, which are based on unspecified legal terms. Moreover, it is impossible evaluate any doubt objectively. Therefore, Estonian regulation, setting out risk of absconding on the basis of doubt, is not in conformity with Return Directive and shall be annulled.

In addition, the thesis shows non-conformity of Estonian law also in defining the risk of absconding. Return Directive allows defining by law the existence of reasons in an individual case, which are based on objective criteria to believe that a third-country national may abscond. However, Estonian law sets out objective criteria, which explicitly defines risk of absconding. The Return Directive does not allow defining imperatively the existence of risk of absconding. In addition, the proportionality and necessity tests, which are included in the detention provision, may not ensure sufficient guarantee for the third-country national as the Return Directive would. Therefore, such definition of risk of absconding, as it is in Estonian law, is not in conformity with Return Directive.

Estonian law and court practice is in conformity with Return Directive concerning evaluation of the reasonable prospect of removal as a prerequisite for migration detention. The Supreme Court has defined detention to be unlawful if there is no reasonable prospect of removal of the third-country national already in 2006. The Supreme Court has also stated that the lack of co-operation by third-country national cannot be taken into account, while evaluating the reasonable prospect of removal. However, it is found in the thesis that such actions shall be taken into account, when deciding for the timeline for the prospect of removal. In case of lack of co-operation, the reasonable prospect of removal is evaluated on the basis of 18 months.

Moreover, Estonian court practice is also in conformity with the interpretation of European Court of Justice, concerning the maximal detention period and the reasonable prospect of

removal. Tallinn Circuit Court did not allow keeping a third-country national in detention, even though there was delay in obtaining documents from third countries and third-country national did not co-operate with the authorities. It is found in the thesis that despite lack of cooperation or delay in obtaining the documents, the detention is unlawful, if there would not be any reasonable prospect of removal, even if the reasons for prolonging the detention did not exist anymore. Such detention would not help the authorities any further with the successive removal and the detention would be with a punitive manner.

KASUTATUD KIRJANDUS

- 1) Baldaccini, A. The EU directive on return: Principles and protests. – Refugee Survey Quarterly 2008/28/4.
- 2) Baldaccini, A. The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive. – European Journal of Migration and Law 2009/11.
- 3) Basilien-Gainche, M-L. Immigration Detention under the Return Directive: The CJEU Shadowed Lights. – European Journal of Migration and Law 2015/17.
- 4) Bryan, I, jt. The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights. – Nordic Journal of International Law 2011/80.
- 5) Cornelisse, G. Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty. Leiden, Boston: Nijhoff 2010.
- 6) Costello, C. Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law. – Indiana Journal of Global Legal Studies 2012/19.
- 7) Costello, C. The Human Rights of Migrants and Refugees in European law. Oxford: Oxford University press 2016.
- 8) Crépeau, F. U.N. Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants: FRA-ECtHR Seminar on European Law on Asylum, borders and immigration. Concluding Remarks. 11.06.2013. – <http://fra.europa.eu/en/news/2013/handbook-european-law-relating-asylum-borders-and-immigration> (viimati vaadatud 02.05.2016).
- 9) Edwards, A. Back to Basis: The Right to Liberty and Security of Person and „Alternatives to Detention“ of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants. – UNCHR. 2011.
- 10) Euroopa Komisjoni migratsiooni ja siseasjade õiguse rikkumiste otsing. – http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/eu-law-and-monitoring/infringements_by_policy_return_policy_en.htm
- 11) Euroopa Nõukogu Ministrite Komitee. Kakskümmend suunist sunniviisilise tagasisaatmise kohta. 04.05.2005. – http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/20_Guidelines_Forced_Return_en.pdf (viimati vaadatud 02.05.2016)

- 12) European Commission. An effective and humane return policy: 8 Member States have yet to comply with the Return Directive. – http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1097_en.htm?locale=en (viimati vaadatud 02.05.2016).
- 13) European Commission. The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies: Synthesis Report of the EMN Focussed Study 2014.
- 14) European Migration Network. Ad-Hoc Query on the Return Directive (2008/115/EC) article 3(7) objective criteria for the „risk of absconding“. 04.04.2013. – http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/ad-hoc-queries/return/459_emn_ad-hoc_query_on_directive_2008_115_ec_wider_dissemination.pdf (viimati vaadatud 02.05.2016).
- 15) Hailbronner, K. EU Immigration and Asylum law: Commentary on EU regulations and directives. München: Beck 2010.
- 16) Jesuit Refugee Service. Becoming Vulnerable in Detention. June 2010.
- 17) Kanger, L. Ebaseadusliku riigis viibimise lõpetamine. Väljasaatmine: Kohtupraktika analüüs. Riigikohus. Õigusteabeosakond. Tartu 20.04.2008. – http://www.riigikohus.ee/vfs/725/Analyys%20Valjasaatmine%20%28L_Kanger%29.pdf (viimati vaadatud 02.05.2016).
- 18) Karistusseadustiku muutmise ja sellega seondult teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu (554 SE) seletuskiri. – <http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/78433b29-8b2f-4281-a582-0efb9631e2ad/Karistusseadustiku%20muutmise%20ja%20sellega%20seondult%20teiste%20seaduste%20muutmise%20seadus/> (viimati vaadatud 02.05.2016).
- 19) Madise, Ü, jt. Eesti Vabariigi põhiseadus: Kommenteeritud 3. väljaanne. Tallinn: Juura 2012.
- 20) Peers, S, jt. EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 2: EU Immigration Law. Leiden, Boston: Nijhoff 2012.
- 21) Seletuskiri välismaalasele rahvusvahelise kaitse andmise seaduse ja sellega seondult teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu teiseks lugemiseks (81 SE II). – <http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/8911e1fc-ee9d-46eb-bc45->

- [7eddc8be0144/V%C3%A4lismaalasele%20rahvusvahelise%20kaitse%20andmise%20seaduse%20ja%20sellega%20seenduvalt%20teiste%20seaduste%20muutmise%20sea
dus/](http://dspace.ut.ee/handle/10062/47524) (viimati vaadatud 02.05.2016).
- 22) Sikk, K. Viibimisaluseta Eestis viibiva välismaalase väljasaatmise võimatuse tuvastamine ja tema Eestis viibimise seadustamine. Magistritöö. Tartu: TÜ õigusteaduskond 2015. (Käsikiri Tartu Ülikooli õigusteaduskonna teabekeskuses). – <http://dspace.ut.ee/handle/10062/47524> (viimati vaadatud 02.05.2016).
- 23) Walters, W. Deportation, Expulsion, and the International Police of Aliens. –Citizenship Studies 2002/6/3.
- 24) Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse ning Euroopa Liidu kodaniku seaduse muutmise seaduse eelnõu (444 SE) seletuskiri. – [http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/3d29680f-dcbd-4866-900f-
cd4e5e995e25/V%C3%A4ljas%C3%B5idukohustuse%20ja%20sisses%C3%B5iduke
elu%20seaduse%20ning%20Euroopa%20Liidu%20kodaniku%20seaduse%20muutmi
se%20seadus/](http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/3d29680f-dcbd-4866-900f-cd4e5e995e25/V%C3%A4ljas%C3%B5idukohustuse%20ja%20sisses%C3%B5idukeelu%20seaduse%20ning%20Euroopa%20Liidu%20kodaniku%20seaduse%20muutmi
se%20seadus/) (viimati vaadatud 02.05.2016).
- 25) ÜRO Inimõiguste Komisjon. Meelevaldse kinnipidamise töögrupi aruanne. U.N. Doc. E/CN.4/2004/3. 15.12.2003.
- 26) ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 1324/2004, *Shafiq vs. Austraalia*. U.N. Doc. CCPR/C/99/D/1324/2004 (2006).
- 27) ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 305/1988, *Alphen vs. Madalmaad*. U.N. Doc. CCPR/C/39/D/305/1988 (1990).
- 28) ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 560/1993 *A vs. Austraalia*. U.N. Doc. CPR/C/50/D/560/1993 (1997).
- 29) ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 794/1998, *Jalloh vs. Madalmaad*. U.N. Doc. CCPR/C/74/D/794/1998 (2002).
- 30) ÜRO Inimõiguste Komitee. Communication No 900/1999, *C vs. Austraalia*. U.N. Doc. CCPR/C/76/D/900/1999 (2002).
- 31) ÜRO Inimõiguste Komitee. General Comment No. 35: Article 9 (Liberty, security of person). U.N. Doc. CCPR/C/GC/35. 16.12.2014.

- 32) ÜRO Inimõiguste Nõukogu. Meelevaldse kinnipidamise töögrupi aruanne. U.N. Doc. A/HRC/10/21. 16.02.2009.
- 33) ÜRO Inimõiguste Nõukogu. Meelevaldse kinnipidamise töögrupi aruanne. U.N. Doc. A/HRC/13/30. 18.01.2010.
- 34) ÜRO Inimõiguste Nõukogu. Meelevaldse kinnipidamise töögrupi aruanne. U.N. Doc. A/HRC/22/44. 24.12.2012.
- 35) ÜRO Inimõiguste Nõukogu. Spetsiaalse aruandja raport välismaalaste inimõiguste kohta. Crépeau, F. U.N. Doc. A/HRC/20/24. 02.04.2012.

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

Eesti õigusaktid

- 36) Eesti Vabariigi põhiseadus. – RT I, 15.05.2015, 2.
- 37) Halduskohtumenetluse seadustik. – RT I, 13.04.2016, 4.
- 38) Karistusseadustik – RT I, 21.06.2014, 28.
- 39) Välismaalaste seadus. – RT I, 06.04.2016, 20.
- 40) Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadus. – RT I, 06.04.2016, 22.
- 41) Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadus. – RT I, 15.03.2014, 98
- 42) Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse muutmise seadus. – RT I 2003, 4, 21.
- 43) Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seaduse muutmise seadus. – RT I, 29.11.2010, 2.

Muud õigusaktid

- 44) Euroopa Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. – RT II 2000, 11, 57.
- 45) Euroopa Liidu põhiõiguste harta. – ELT C 83, 30.03.2010, lk 389-403.
- 46) Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 326, 26/10/2012, lk 1-390.
- 47) Euroopa Ühenduse asutamise lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 340, 10/11/1997, 173-306.
- 48) Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2008/115/EU, 16. detsember 2008, ühiste nõuete ja korra kohta liikmesriikides ebaseaduslikult viibivate kolmandate riikide kodanike tagasisaatmisel. – ELT L 348, 24.12.2008, lk 98-107.
- 49) Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2013/33/EL, millega sätestatakse rahvusvahelise kaitse taotlejate vastuvõtu nõuded (uuesti sõnastatud). – ELT L 180, 29.6.2013, lk 96-116.
- 50) Pagulasseisundi konventsioon. – RT II 1997, 6, 26.
- 51) ÜRO inimõiguste ülddeklaratsioon. G.A. Res.217(III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) 1948.

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

- 52) EIKo 10664/05, *Mikolenko vs. Eesti*.
- 53) EIKo 13229/03, *Saadi vs. Ühendkuningriik*.
- 54) EIKo 14160/08, *Dolinskiy vs. Eesti*.
- 55) EIKo 18580/91, *Quinn vs. Prantsusmaa*.
- 56) EIKo 22414/93, *Chahal vs. Ühendkuningriik*.
- 57) EIKo 24881/94, *Ali vs. Šveits*.
- 58) EIKo 25389/05, *Gebremedhin vs. Prantsusmaa*.
- 59) EIKo 31465/08, *Raza vs. Bulgaaria*.
- 60) EIKo 34082/02, *Rusu vs. Austria*.
- 61) EIKo 3455/05, *A jt vs. Ühendkuningriik*.
- 62) EIKo 54334/00, *Lexa vs. Slovakkia*.
- 63) EIKo 62116/12, *Nabil vs. Ungari*.
- 64) EIKo, 19776/92, *Amuur vs. Prantsusmaa*.
- 65) EIKo, 25904/07, *NA vs. Ühendkuningriik*.
- 66) EIKo, 54273/00, *Boultif vs. Šveits*.
- 67) EKo C-146/14, *Mahdi*.
- 68) EKo C-357/09, *Kadzoev*.
- 69) EKo C-554/13, *Zh*.
- 70) EKo C-601/15, *N*.
- 71) EKo, C-138/07, *Cobelfret*.
- 72) EKo, C-290/14, *Celaj*.
- 73) EKo, C-329/11, *Achughbabian*.
- 74) EKo, C-430/11, *Sagor*.
- 75) EKo, C-534/11, *Arslan*.

- 76) EKo, C-61/11, *El Dridi*.
- 77) Mazak.A. Kohtujuristi seisukoht EK asjas C-357/09, *Kadzoev*.
- 78) RKHKm 3-3-1-11-16.
- 79) RKHKm 3-3-1-32-15.
- 80) RKHKm 3-3-1-52-14.
- 81) RKHKO 3-3-1-2-07.
- 82) RKHKO 3-3-1-45-06.
- 83) RKHKO 3-3-1-56-08.
- 84) RKHKO 3-3-1-84-11.
- 85) RKHKO 3-3-1-96-07.
- 86) RKÜKo 3-4-1-16-10.
- 87) Riigikohtunike Tõnu Antoni ja Indrek Koolmeistri eriarvamus Riigikohtu halduskollegiumi otsusele asjas nr 3-3-1-84-11.
- 88) TlnHKO 3-07-2547, p 15.
- 89) TlnRKm 23.03.2016, 3-14-52318 (koopia autori valduses).
- 90) TlnRKm 29.02.2016, 3-15-1402 (koopia autori valduses).
- 91) TlnRKO 14.12.2006, 3-05-176.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Andrei Svištš,

(s. 19.04.1991)

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

Väljasaatmise eesmärgil isikute kinnipidamist reguleeriva Eesti õiguse vastavus direktiivile 2008/115/EÜ,

mille juhendaja on Ene Andresen,

1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, 02.05.2016